

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL

El estatuto constitucional del menor inmigrante

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Lucía Alonso Sanz

Directores

Javier García Roca

Raúl Canosa Usera

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

El estatuto constitucional del menor inmigrante

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA,
PRESENTADA POR:

Lucía Alonso Sanz

DIRECTORES:

Javier García Roca y

Raúl Canosa Usera.

Madrid, febrero de 2014.



Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Constitucional
Programa de Doctorado
“El Parlamento en una democracia en transformación”

EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL MENOR INMIGRANTE

Doctoranda:

Lucía ALONSO SANZ

Director:

Prof. Dr. D. Francisco Javier GARCÍA ROCA

Co-director:

Prof. Dr. D. Raúl Leopoldo CANOSA USERA

Madrid, a 12 de febrero de 2014

A mis padres, Juan Antonio y Marisa.

AGRADECIMIENTOS

Durante años he visualizado el momento de escribir este apartado de “agradecimientos” como un cénit dulce y satisfactorio de mi trabajo. Pero desconocía hasta qué punto estas letras se convertirían en necesarias e insuficientes.

La tesis ha supuesto en mi vida una travesía de crecimiento, no sólo en el plano académico o profesional, sino también en el personal. Es, como solemos decir los doctorandos, un proceso vital, en el que la mente se amolda al Derecho (en este caso, el Constitucional), pero también aprende a vencer a los fantasmas que visitan a quien escribe en soledad, a superar los propios límites, a fortalecer el espíritu.

He tenido el privilegio de recorrer este camino con la guía de Javier García Roca. Un maestro flexible y severo al mismo tiempo, que, como él mismo dijo, me ha defendido, por momentos, incluso de mí misma. Su firme respaldo, siempre presente, y su pasión por el Derecho y por la palabra, han sido fuente constante de aliento e inspiración. Gracias, Javier, por todo lo enseñado y vivido.

Gracias también a Raúl Canosa Usera, por su cordialidad y disponibilidad, y por su importante apoyo en este proyecto.

Asimismo, quiero expresar mi profundo agradecimiento a otras personas e instituciones que han hecho posible que esta tesis salga a la luz.

En primer lugar, y de forma especial, a mi familia, por su respaldo incondicional. En concreto, a mi padre, por transmitirme su pasión por la cultura y su preocupación por un mundo más justo, lo que ha constituido el caldo de cultivo de este proyecto. Por su positividad, inteligencia y templanza, por los paseos revitalizantes por la montaña. A mi madre, por ser fuente inagotable de amor y generosidad, de energía y fuerza vital. Por su tolerancia y cariño incondicional. A Sara, por su cariño, alegría y espontaneidad. A Juan Pablo, cuyo discurso brillante, irónico y original, siempre me inspira y estimula. Y a Ángel, por todo lo que me ha enseñado, a pesar de su juventud, y por ser cómplice y compañero en tantas aventuras y desventuras.

A los amigos cercanos. Ellos saben lo que significa que esta tesis salga a la luz, y lo que hay detrás de ello. No sólo se han adaptado a mis horarios y agobios durante años, con paciencia y generosidad, sino que me han hecho reír y transmitido fuerza en los momentos más difíciles, estando siempre muy cerca, por muy lejos que estuviéramos geográficamente. En especial, a Vanessa, por su cariño, clarividencia y practicidad. A Raquel, por proponerme mil planes, por los ataques de risa, por su apoyo incondicional. A Isabel, por su gran ayuda, en la tesis y en la vida. A Nieves, por su generosidad, las charlas y la risa terapéutica. A Loretto, por su hospitalidad y

apoyo. A Lív, Edit, Nerea, Virginia, Estefanía, Ana Vanessa, Arturo, y otros nombres que a lo largo de estos años han permanecido o se han involucrado en mi vida.

A Eduardo, por creer siempre en mí y en este trabajo.

A mis amigos y compañeros de doctorado, Giovanni, Roberto, Nacho, Auri, Carlos, Carlos Prieto, Aldo, Fidel, Irina, Annia, Edgar, Laura, Ericka, Nuria, Silvia y Pedro, éste último compañero de fatigas en los últimos meses de trabajo. Vuestra presencia ha sido un verdadero regalo estos años.

A Laura Salamero y Paul Fletcher, por su ayuda en la traducción de las conclusiones al inglés. Y a Víctor Vázquez, por su apoyo en las correcciones.

A los miembros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, y a los del Instituto de Derecho Parlamentario. En especial, a Pablo Santolaya, por su apoyo en el último tramo de tesis, y a Ignacio García Vitoria, Asunción García Martínez y Germán Gómez Orfanel.

A los profesores Emanuele Rossi y José Alberto de Azeredo Ferreira Lopes, por su contribución para que obtenga el título con “mención europea”.

Al profesor César Landa Arroyo, por haber supervisado mi trabajo, y por su amabilidad durante mi estancia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Al personal del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que han convertido la biblioteca de dicha casa en el segundo hogar de muchos doctorandos.

A Lourdes Reyzábal, Pilar Sánchez, Alberto Rodríguez, Javier Úbeda y Miguel Ángel Martín, por ayudarme a comprender la situación real de los menores no acompañados, esa que no viene reflejada en los libros.

Y por último, pero no menos importante, a la Universidad Complutense de Madrid, y a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), sin cuyo apoyo económico este proyecto habría sido inviable.

Índice:

INTRODUCCIÓN Y OBJETO: PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA	13
1. Finalidad del trabajo.....	13
2. Presupuesto teórico.....	16
2.1. La actual consideración jurídica del menor. El binomio autonomía-vulnerabilidad.....	16
2.2. Definición de “menor no acompañado”	22
2.2.1. Minoría de edad.....	23
2.2.2. Ausencia de un adulto responsable.	24
2.2.3. Condición de inmigrante.....	25
3. Presupuesto fáctico: características y perfil del menor no acompañado en España.	29
4. Problemas constitucionales que presenta el tratamiento jurídico del menor no acompañado.....	32
I. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL MENOR NO ACOMPAÑADO.....	37
1. Introducción.	37
2. Primer pilar: titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales.....	38
2.1. Aclaraciones conceptuales previas.	38
2.2. El menor.....	40
2.2.1. Fundamentos de la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales.....	40
2.2.2. El ejercicio iusfundamental: límites intrínsecos y extrínsecos. La representación.....	45
2.2.3. Modalidades de regulación del ejercicio iusfundamental.....	52
2.3. El extranjero.....	54
2.3.1. Persona y ciudadano, dos centros de imputación de derechos.....	54
2.3.2. El artículo 13 CE y la jurisprudencia constitucional al respecto.	57
2.3.3. La lógica constitucional como solución al problema.	63
2.3.4. La igualdad jurídica de los extranjeros.	71
2.3.5. A modo de conclusión.	77
3. Segundo pilar: La protección constitucional del menor extranjero. Artículos 9.2 y 39 CE.....	79

3.1.	Introducción.	79
3.2.	La vulnerabilidad en el contexto del Estado social.....	80
3.2.1.	La concepción constitucionalmente relevante de “vulnerabilidad”.	80
3.2.2.	La vulnerabilidad agravada de los menores no acompañados.	88
3.3.	La respuesta del Estado social frente a situaciones de vulnerabilidad:	90
3.3.1.	Igualdad material como mandato constitucional. La especificación....	90
i.	Aspectos generales.....	91
a.	Igualdad material como fin.	91
b.	Especificación de derechos como medio.....	93
ii.	Implicaciones para los menores no acompañados (artículo 39 CE).....	95
3.3.2.	Respuesta de los poderes ejecutivo y legislativo.	108
i.	Frente a los vulnerables en general.....	108
ii.	Frente a los menores no acompañados en particular: el sistema público de protección.....	114
a.	Protección en sentido estricto y en sentido amplio. La Ley del Menor.....	114
b.	Situaciones relevantes de desprotección: desamparo y el riesgo.....	117
c.	La respuesta pública: tutela y guarda administrativa. El acogimiento....	123
3.3.3.	Respuesta del poder judicial.	130
i.	El control jurisdiccional de las políticas sociales dirigidas a los vulnerables.....	130
ii.	El mandato de tutela judicial reforzada.	139
a.	Frente a los vulnerables en general.	139
b.	Frente a los menores en particular. La prevalencia de su interés superior.....	154
4.	Fusión de los dos pilares constitucionales: líneas maestras del estatuto constitucional del menor no acompañado. La prevalencia de la condición de menor sobre la de inmigrante.	175
II.	PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DEL MENOR NO ACOMPAÑADO.....	179
1.	Constitución y protección supraestatal del menor extranjero. El mandato del artículo 39.4 CE.	179

2. El tratamiento del menor en Derecho Internacional.	188
3. Derecho de la Unión Europea: la disociación del estatuto del menor no acompañado derivada de la integración.	193
3.1. Introducción.	193
3.2. La protección del menor.	195
3.2.1. Falta de competencia comunitaria en materia de protección del menor...	195
3.2.2. Modalidades de incidencia comunitaria en la materia y fundamento jurídico de las mismas.	202
i. La protección fragmentaria del menor como estrategia. Ejemplos de bases habilitantes.	202
ii. Fundamento de la estrategia: protección y promoción de los derechos humanos del menor.	210
3.3. Política migratoria europea.	219
3.3.1. Utilitarismo y seguridad como pilares del Derecho migratorio europeo...	219
3.3.2. Disposiciones específicas sobre menores no acompañados.	222
4. El menor no acompañado en el Consejo de Europa.	241
III. REGLAS CONSTITUCIONALES DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: EL DIFÍCIL DESLINDE EN MATERIA DE MENORES NO ACOMPAÑADOS	249
1. Sobre las competencias que inciden en el tratamiento del colectivo.	249
2. Competencias en materia de inmigración.	250
2.1. Deslinde de competencias estatales y autonómicas.	250
2.2. La progresiva intervención de los municipios.	254
3. Competencias en materia de protección del menor.	258
3.1. Introducción.	258
3.2. Competencia internacional de España.	259
3.3. Competencias estatales.	260
3.4. Competencias autonómicas.	262
3.5. Evolución normativa del deslinde competencial. Problemas que presenta...	264
3.6. Competencias locales.	267

4. Régimen general de derechos <i>ex</i> artículo 149.1.1 CE. Coordinación y cooperación.	268
5. Una propuesta en favor de la legitimidad y seguridad del sistema competencial... ..	274
IV. PROBLEMAS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS Y SU ADECUACIÓN A LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES.	277
1. Introducción.	277
2. Protocolo de actuación inicial (identificación, determinación de la edad y puesta a disposición de los servicios de protección)	278
3. El procedimiento de repatriación.....	315
3.1. Descripción sintética del procedimiento.....	315
3.2. La repatriación como medida de protección.	319
3.3. El interés superior del menor en el procedimiento de repatriación.	325
3.3.1. La dimensión abstracta del interés superior del menor en el procedimiento de repatriación.....	325
3.3.2. Derechos fundamentales y convencionales involucrados.	334
3.3.3. Claves para la concreta determinación del interés del menor.	338
4. La documentación.....	345
4.1. Regularización durante la minoría de edad.	345
4.2. Tránsito a la mayoría de edad.	357
4.3. Los efectos de la inseguridad jurídica sobre la integración del menor.....	363
5. Representación independiente y asistencia jurídica gratuita del menor no acompañado.....	365
V. CONCLUSIONES.....	381
BIBLIOGRAFÍA.....	399
ANEXO I: MENCIÓN EUROPEA: CONCLUSIONES DE LA TESIS EN INGLÉS.....	419
ANEXO II: SUMMARY OF THE DOCTORAL THESIS.	437
Introduction and aims.	437
Conclusions	439
Bibliography.....	456

INTRODUCCIÓN Y OBJETO: PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

1. Finalidad del trabajo.

La presente investigación pretende contribuir a la configuración del estatuto constitucional del menor inmigrante no acompañado. El cumplimiento de este objetivo se estima necesario para afrontar los problemas que el tratamiento jurídico del colectivo presenta, dada la enjundia constitucional de algunos de ellos.

La ausencia de postulados constitucionales claros que iluminen el tratamiento jurídico del menor no acompañado, ha provocado inconsistencias, contradicciones, lagunas y vulneraciones iusfundamentales. En este sentido, la protección de aquél se tambalea cuando no se aprecia la dimensión constitucional de los problemas que le afectan, o cuando, en su tratamiento, su condición de inmigrante prima sobre la de menor, es decir, cuando el objetivo de la gestión eficaz de los flujos migratorios, o de la lucha contra la inmigración irregular, desplaza al de la consecución del interés superior del menor.

La construcción del estatuto del menor no acompañado exige la previa definición de los estatutos del extranjero y del menor, lo que constituye una de las “asignaturas pendientes” de la disciplina constitucional. Los parámetros confusos y desdibujados que rigen el tratamiento constitucional de ambos colectivos, además de constituir ínsulas inmunes a la lógica constitucional, que desafían el alcance y la consistencia del Estado social de Derecho, confluyen, multiplicando exponencialmente las dosis de incerteza jurídica que acarrearán, en la figura del menor no acompañado. Ello acrecienta la vulnerabilidad que ya de por sí sufre, de forma severa, el colectivo objeto de estudio, integrado por inmigrantes menores de edad que llegan a España en condiciones de precariedad y desamparo.

El halo de incertidumbre jurídica que envuelve sendos estatutos constitucionales, del extranjero y del menor, radica en que la definición legal, jurisprudencial y doctrinal de las condiciones de titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales, está en plena fase de exploración y construcción. En ninguno de los dos estatutos se ha aterrizado en el uso sistemático de la lógica

constitucional de igualdad y proporcionalidad como parámetro legitimador de las limitaciones de derechos. A ello se le suma, en el caso del menor, el enigma que todavía constituye el significado real del manido “interés superior del menor”.

En este sentido, se propondrá en el presente trabajo una teoría para la normalización constitucional de los estatutos del menor¹, del extranjero, y del menor extranjero no acompañado. Teoría que se inferirá de una concreta interpretación del ordenamiento constitucional y europeo que, si bien es, a nuestro juicio, la más fiel a los valores inspiradores de los mismos; no está, como decimos, plenamente consolidada. La homologación de estos estatutos constitucionales no conjura, claro está, el establecimiento de condicionamientos adicionales sobre su ejercicio iusfundamental, simplemente obliga a someter tales condicionamientos a los exámenes de legitimidad constitucional generalmente aplicados (principio de proporcionalidad, juicio de igualdad). En este sentido, más que ofrecer soluciones definitivas a los problemas actualmente existentes, esta investigación pretende proponer un método de resolución de los mismos, y los mínimos que deben respetarse en dicha resolución, por más que también se realicen ensayos de soluciones específicas.

El tema objeto de estudio, por su naturaleza interdisciplinar, ha sido abordado por la doctrina jurídica desde diversos prismas (civil², internacional privado³, y

¹ Si bien se ha hablado, sobre todo en el ámbito civil, del marco constitucional del Derecho de Familia (CABEDO MALLOL, V.: *Marco constitucional de la protección de menores*, Instituto de Iberoamérica y del Mediterráneo, Valencia, 2006, p. 22), el desarrollo de un marco constitucional del derecho del menor no es algo doctrinal ni legalmente cerrado, por más que se haya avanzado ya significativamente en este sentido, gracias a contribuciones como las siguientes: ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003; VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid, 2009; ELÍAS MÉNDEZ, C.: “La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 111, Enero-Marzo 2001; ÁLVAREZ VELEZ, M.I.: *La protección de los derechos del niño : en el marco de las Naciones Unidas y en el derecho constitucional español*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

² Entre otros: BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B.: *El desamparo y la protección de los inmigrantes*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

³ Por ejemplo: ASÍN CABRERA, M.A.: “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados”, en BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F.J.; MOYA MALAPEIRA, D. (Coord.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Institut de Dret Public- Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 251-259; DURÁN AYAGO, A.: *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004; LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 456-475.

administrativo⁴, entre otros). Es preciso, sin embargo, que el Derecho Constitucional, como *ius commune*, establezca las bases fundacionales del estatuto del colectivo⁵.

Es un tema, además, de **naturaleza transversal**. Su análisis requiere de una teoría sobre derechos fundamentales y protección constitucional de extranjeros, menores y menores extranjeros (capítulo I), que sirva de bagaje teórico para llegar a la legislación vigente, y poder analizar los concretos problemas que presenta el tratamiento jurídico del colectivo con perspectiva suficiente (capítulo IV). Dicha teoría tendrá en cuenta los postulados internacionales y europeos que engrosan materialmente los estatutos constitucionales de estos sujetos (capítulo II). Asimismo, el estudio requiere un análisis crítico de la compleja distribución territorial de poder que rige las materias que concurren en el tratamiento del colectivo, para, en su caso, proponer una solución más apegada a la Constitución (capítulo III).

Como consecuencia de su transversalidad, el estudio que se realiza tiene un **doble impacto**. Directo, sobre el colectivo de los menores extranjeros no acompañados. Indirecto, por su intento de aportar coherencia y certeza al tratamiento constitucional de extranjeros, y de menores, así como al tratamiento internacional, europeo, convencional (derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos) e interno de estos últimos.

La relevancia del tema también radica en que los problemas jurídicos que presenta tocan las mismas **entrañas del Estado social y democrático de**

⁴ Por ejemplo: DE PALMA DEL TESO, A: *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006; “La condición legal de “menor no acompañado” en nuestro Derecho de Extranjería; definición común en la Unión Europea. La kafala del Derecho Islámico”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 90, mayo-agosto 2011, pp. 101-138; DURÁN RUIZ, F.J. y BARRANCO VELA, R.: *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes. Estudios, documentos y selección normativa, con atención especial a la C. Autónoma de Andalucía*. Comares, Granada, 2009; DURÁN RUIZ, F.J.: “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, de 1 de junio de 2007.

⁵ Han tratado el tema desde una perspectiva constitucional, entre otros: ELÍAS MÉNDEZ, C.: *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; RUIZ LEGAZPI, A.: “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados”, en *Revista de Derecho Político*, nº 61, 2004; *La expulsión de los menores extranjeros. Límites constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011; “La protección de los menores inmigrantes”, en AJA, E. (Coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Institut de Dret Públic-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 493-528.

Derecho. Así, el enfrentamiento de fondo que plantea, entre la sacrosanta protección de menor, por un lado, y la frágil y suspicaz soberanía del Estado para decidir quién entra y reside en su territorio, por otro, es uno de los más espinosos que existen.

El descenso de la inmigración registrado en nuestro país a raíz de la crisis económica de los últimos años, también ha afectado a los menores no acompañados, pero no de manera tan drástica como a los adultos, pues su perfil migratorio es peculiar y, en parte, distinto al de éstos. Aun así, dicho colectivo, que se estima que ronda en torno a 4000 menores, no es muy significativo, desde un punto de vista cuantitativo, dentro de los menores de edad o de los inmigrantes. Empero, desde un prisma cualitativo, plantea un importante desafío al Estado social y democrático de Derecho. Desafío que en esencia es el mismo que supone el fenómeno migratorio en general, pero agravado por la vulnerabilidad que añaden los factores de minoría de edad y desamparo, que no es otro que mantener el estándar de protección de la dignidad alcanzado por nuestra sociedad, por más que ello exija determinadas transformaciones. En este sentido, estimamos que el sacrificio del estatus de igualdad y libertad históricamente logrado, sería un precio demasiado alto a pagar por intentar controlar la entrada y residencia irregular de personas.

Sin perjuicio de las contingencias socio-económicas del momento, lo incontestable es que el fenómeno migratorio constituye un sello de identidad de nuestros tiempos, y es inevitable, e inmanente a un contexto de globalización y fácil movilidad. Por ello, el gran reto de adaptar el Estado social y democrático de Derecho a la nueva sociedad multicultural y globalizada, todavía sigue en pie.

2. Presupuesto teórico.

2.1. La actual consideración jurídica del menor. El binomio autonomía-vulnerabilidad.

La concepción jurídica del menor de edad ha variado notablemente en las últimas décadas, lo que supone el reflejo, en el plano legal, de una evolución conceptual de la idea de “menor” en el imaginario social. El embrión ideológico de dicha mutación es tan simple como el reconocimiento y toma de conciencia del menor como persona. Persona “en construcción”, pero persona, dotada de autonomía y dignidad. El Derecho, entre otras ciencias, ha convertido la tensión entre tal condición de persona autónoma del menor, y su necesidad de protección, en la médula de su actuación en materia de menores⁶.

¿Cuál era la percepción social y jurídica del menor preexistente a esta filosofía? Según la doctrina mayoritaria, aquél se consideraba, más que un sujeto de derechos, un objeto de protección, beneficiario del ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones cuya titularidad no le correspondía⁷. No obstante, hay autores que matizan lo que consideran un análisis falso o en demasía simplificado de la cuestión; fundándose, unos en la distinción entre titularidad y ejercicio de derechos (es decir, afirmando que los menores eran considerados titulares de derechos pero tenían su ejercicio restringido⁸); y otros en la naturaleza de los derechos que se les reconocían⁹, arguyendo que mientras los primeros en garantizarse al menor en la

⁶ El célebre médico y educador Janusz KORCZAK, pionero en la difusión y extensión de esta filosofía, expresó así la doble condición de ser autónomo y en desarrollo del menor: “no es correcto decir que los niños llegarán a ser personas: son ya personas...Son personas cuyas almas contienen la semilla de todas las ideas y emociones que poseemos. Hay que orientar con delicadeza el crecimiento de esas semillas”, en “Desarrollo del ideal de amor al prójimo en el siglo XIX”, en *Lecturas para todos*, n° 52, 1899, citado en “Janusz Korczak”, en *Perspectivas: revista trimestral de educación comparada*, UNESCO, vol. XXIV, números 1-2, 1994, pp. 37-48. París, 1994. La Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, refleja esta idea al afirmar que “[l]as transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”.

⁷ Por todos: ALAEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 38-39. GUILLÓ JIMÉNEZ, J.: “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.): *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Bosh, Barcelona, 2006. pp. 11-19.

⁸ HIERRO, L.: “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, A. (Ed.): *Derechos Humanos del Niño, de los Trabajadores, de las Minorías y complejidad del sujeto*, Bosch, Barcelona, 1999. pp. 15-32, p.23.

⁹ GARIBO PEYRÓ, A.P: *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 26; HAFEN, B.C.; HAFEN, J. O: “Abandoning children to their autonomy: the United Nations Convention on the Rights of the Child”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 37, afl. 2, 1996, pp. 449-491.

generalidad de los ordenamientos (incluido el internacional) fueron los económicos, sociales y culturales o “derechos de protección”; los derechos civiles y políticos o “derechos de autonomía” de los menores no se reconocieron expresamente, al menos en la esfera internacional, hasta la aprobación de la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, en 1989¹⁰. Ahora bien, a pesar de esta divergencia doctrinal, que responde en parte a la adhesión a distintas teorías de fundamentación de los derechos (teoría de la voluntad o teoría del interés¹¹); la doctrina coincide en que tradicionalmente el Derecho no tomaba en consideración la autonomía gradual del menor¹².

La precomprensión de la figura del menor imperante en la sociedad actual¹³, irradia sobre las diferentes ramas del ordenamiento jurídico y acarrea una transformación medular de las tradicionales instituciones orientadas a su protección. Si bien dicha transformación ha sido gradual y progresiva, es con la aprobación de la Convención de Derechos el Niño cuando se hace explícita y manifiesta. Este Tratado provoca los cambios legislativos de mayor calado en nuestro Derecho, y dota de pleno sentido a las reformas que tímidamente se habían realizado con anterioridad, integrándolas en un sistema cimentado sobre los principios por él definidos.

La Convención ilumina también la lectura de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), de manera que el concepto de menor que aquella contiene

¹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

¹¹ Neil MacCORMICK explica las diferencias entre ambas teorías y presenta el tema de los derechos del menor como una prueba de solidez que, según el autor, sólo superarán las teorías más próximas a la del interés. En virtud de ésta, “tener un derecho es tener, por ciertos medios, protegidos nuestros intereses mediante la imposición de restricciones normativas (legales o morales) sobre los actos y actividades de otras personas, respecto al objeto de los propios intereses”. En cambio, según la teoría de la voluntad, “tener un derecho tiene más que ver con el reconocimiento legal o moral de cierta elección individual preeminente sobre la voluntad de otros en determinado asunto y relación”. En “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en MacCORMICK, N.: *Derecho Legal y Socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-138, p. 129.

¹² Es ilustrativo ver cómo uno de los autores de principios de siglo que más interés mostró por el estatuto jurídico del menor, Enrique ZARANDIETA MIRABENT, alude al tratamiento penal de aquél, partiendo de la base de que su comportamiento responde a causas independientes a su voluntad, en: *El menor en nuestro Derecho*, Ed. Reus, Madrid, 1920, p. 16.

¹³ Hans-George GADAMER, en sus reflexiones sobre la hermenéutica, alude a determinados “prejuicios” o preestructuras de comprensión – precomprensiones – que iluminan el entendimiento de un texto. En *Verdad y Método I*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1996, p. 363.

se integra, por vía de los artículos 10.2 y 39.4 CE, en la interpretación y el contenido del texto constitucional. De esta forma, la Convención **refunda el estatuto constitucional del menor**, asentándolo sobre dos pilares: titularidad de derechos fundamentales y capacidad progresiva para ejercerlos, y obligación del Estado de proporcionarle una protección específica, dada su especial vulnerabilidad¹⁴. El binomio “derechos-protección”, o el que le subyace, “autonomía-vulnerabilidad”, se convierte así en el centro de gravedad del tratamiento constitucional de la menor edad. En el siguiente capítulo se analizará la incidencia de la tensión generada por este binomio en el ejercicio de derechos fundamentales por parte del menor.

Los valores y principios de la Convención se han proyectado también a nivel **infraconstitucional**, sobre los clásicos dominios del Derecho privado, transformando la institución romano-civilista de la minoría de edad, y las instituciones destinadas a su protección, como la patria potestad. El énfasis puesto en la personalidad del menor y su necesidad de desarrollo, junto con otras conquistas sociales paralelas, como la igualdad legal entre cónyuges, hacen tambalear los pilares de la tradicional estructura familiar jerarquizada y presidida por la *summa auctoritas* del *pater familiae*, provocando la “democratización” de la institución familiar¹⁵. Las reformas del Código Civil posteriores a la Constitución acentúan el carácter funcional de la patria potestad¹⁶, orientando su ejercicio al beneficio de los hijos, e involucrando a éstos en dicho ejercicio. Asimismo, intensifican el control judicial sobre la institución¹⁷. Si bien la familia es la

¹⁴ ALAEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 156.

¹⁵ “La universalización de los derechos humanos impregna el llamado derecho de familia, donde lo familiar deja el modelo piramidal y se vuelve horizontal: todos, [*incluyendo a*] los menores y las mujeres, son sujetos de derecho”, en SÁNCHEZ VÁZQUEZ M.J.: “Ética e infancia: el niño como sujeto moral”, en *Fundamentos en humanidades*. Universidad Nacional de San Luis, Argentina. Año VIII-Número I (15/2007), pp. 179-192, p. 183.

¹⁶ Los hitos en la evolución normativa de la patria potestad y la minoría de edad se deben principalmente a las siguientes normas: Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*; Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de reforma del Código Civil en materia de tutela*; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*, y Ley del Menor.

¹⁷ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: “La patria potestad”, en SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: (Coord.): *Los menores en protección*, Grupo difusión, Madrid, 2007, pp. 224 y ss. El autor realiza un recorrido histórico-normativo de la patria potestad. A grandes rasgos, se puede decir que el poder casi absoluto que ésta suponía en el Derecho Romano, se vio suavizado posteriormente por la influencia del cristianismo. Más tarde, (s. VII), la legislación visigótica se distancia claramente en este aspecto del Derecho Romano, prohibiendo determinadas prácticas y regulando la institución

institución natural y primeramente obligada a proteger al menor y sus derechos, el énfasis sobre la personalidad de éste, su condición de titular de derechos y la necesaria protección que requiere, activa el rol del Estado como garante subsidiario, lo que **publica parcialmente la protección del menor**. Sin embargo, esta mutación no fue un cambio radical y repentino del sistema tradicional de protección, sino una transformación gradual, vislumbrada desde comienzos de siglo¹⁸, que encuentra, en el Estado social, y en la Convención, el impulso definitivo para su consolidación.

El último eslabón en la evolución de la consideración jurídica del menor, que sigue a la de sujeto de derechos con progresiva capacidad de obrar, es la de “persona socialmente responsable”. Se enfatiza así aún más la necesidad de fomentar el libre desarrollo de su personalidad y su progresiva participación en la sociedad¹⁹.

No obstante, la actual consideración jurídica del menor no está exenta de polémica. El énfasis puesto en su autonomía, unido a la indeterminación e inseguridad jurídica que la misma provoca respecto a las posibilidades de ejercicio iusfundamental, generan recelos doctrinales y sociales. Por una parte, según algunos, el reconocimiento de la autonomía del menor (especialmente en cuanto al ejercicio de derechos civiles y políticos) juega en detrimento de su efectiva protección, ya que le expone a las consecuencias –en ocasiones nocivas– derivadas del propio ejercicio de sus derechos, al tiempo que le priva del remanso de

cual verdadero *officium*. No obstante, la recepción del Derecho Romano operada por *Las Partidas* de Alfonso X, supuso la vuelta a la concepción de la patria potestad como un verdadero derecho cuasi absoluto del padre frente a sus descendientes.

¹⁸ Enrique ZARANDIETA MIRABENT (*El menor en nuestro Derecho*, *op.cit.*, p. 36) se hace eco de las críticas que ya existían a principios de siglo contra la institución del Consejo de Familia, encargada de la protección del menor desamparado y de composición esencialmente familiar. El autor concluye que la protección del menor debe asumirse por el Estado, por su mayor capacidad para el cumplimiento de dicho fin.

¹⁹ Artículo 29 de la Convención de Derechos del Niño: “1. [...] [L]a educación del niño deberá estar encaminada a: [...] d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre [...]”. Artículo 48 CE: “Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”. Artículo 7.1 de la Ley del Menor: “Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa. Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia”. En el Derecho Comparado, destaca en este sentido la Constitución Suiza, en virtud de la cual (art.41): “[L]a Confederación y los cantones promoverán, completando la responsabilidad individual y a la iniciativa privada, el que: [...] g. se estimule a los niños y jóvenes a convertirse en personas independientes y socialmente responsables”.

protección necesario para la adquisición de la formación y madurez que le conducirán, a medio - largo plazo, a la autonomía real²⁰. Por otro lado, hay quien opina que el papel supervisor del Estado y su posibilidad de intervención, minan la autoridad de los padres y, por consiguiente, su capacidad tuitiva²¹. Por último, desde una perspectiva universalista, el énfasis en la autonomía personal del menor parece no casar del todo bien con la filosofía de ciertos países orientales, menos individualista y más apegada al concepto de comunidad y familia²².

Frente a la primera crítica, cabría alegar que el principio de la autonomía personal, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera implícito en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, constituye un importante freno a actitudes paternalistas del Estado²³, y esto se aplica igualmente cuando un menor ejerce la cuota de autonomía que por su grado de desarrollo le corresponde. Además, como se constatará más abajo, si el ejercicio de un derecho fundamental por parte de un menor fuera perjudicial para éste, por no contar con el juicio o madurez suficiente, aquel ejercicio no sería constitucionalmente legítimo²⁴.

En relación con la amenaza que la autonomía del menor podría suponer frente a la autoridad de los padres, es necesario recordar la transformación de la patria potestad, que se acaba de mencionar, en virtud de la cual la autoridad no desaparece, sino que muta o se transforma, para ser ejercida en favor del libre desarrollo de la personalidad del menor. La responsabilidad de proteger al menor, orientarle en el ejercicio de sus derechos, y propiciar, de este modo, el desarrollo de sus facultades para que, a su vez, pueda ejercer sus derechos con una autonomía cada vez mayor, robusteciendo su propia identidad, sustituye a la de tutelar al menor de forma vertical. El centro de gravedad se ha movido de la autoridad paternal al libre desarrollo de la personalidad del menor.

²⁰ HAFEN, B.C. y HAFEN, J.O.: “Abandoning children to their autonomy... *op.cit.*”

²¹ Se alude a estas críticas en: LANSDOWN, G.: *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF-Centro de investigaciones Innocenti- Save the Children, 2005, p. 22.

²² *Ibidem.*

²³ SSTEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty* contra Reino Unido, párrs. 65-67; de 11 de julio de 2002, caso *Christine Goodwin* contra Reino Unido, párr. 90; de 18 de abril de 2006, caso *Dickson* contra Reino Unido (voto particular). El juez Tulkens, en su voto particular en la STEDH de 10 de noviembre de 2005, caso *Leyla Sabin* contra Turquía, habla incluso de un verdadero derecho a la autonomía personal desarrollado por el Tribunal sobre la base del artículo 8 del Convenio.

²⁴ ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, pp. 147 y ss.

Respecto al contraste axiológico entre oriente y occidente, plasmado en la posible erosión de la comunidad familiar e interdependencia personal que, desde la perspectiva de determinadas sociedades orientales, podría ocasionar el ensalzamiento de la autonomía del menor; si bien la discusión de fondo escapa del objeto de este trabajo, es pertinente recordar la teoría que se erige como conciliadora de la tensión o contradicción entre el bien común y la autonomía individual, que no es otra que la consideración del primero como un valor superior a la suma añadida de derechos y libertades individuales. En este sentido, GEWIRTH deshizo la antítesis entre “comunidad” y “derechos” apelando a lo que llamó la “universalidad mutualista e igualitaria”, en la que cada titular de un derecho humano debe compatibilizar el derecho a que los demás respeten sus intereses individuales protegidos por aquél, con la obligación de respetar los intereses individuales protegidos por los derechos humanos de los demás, de manera que se comparten tanto los beneficios resultantes de los mismos, como las cargas emanadas de los deberes, por lo que la sociedad deviene en comunidad²⁵. Esta misma teoría podría aplicarse también a escala de la comunidad familiar.

2.2. Definición de “menor no acompañado”.

La *Resolución de la Unión Europea sobre menores no acompañados*²⁶ recoge la definición más extendida del colectivo, en virtud de la cual, el mismo incluye a “los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos ...[y]... los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos”²⁷. La normativa comunitaria posterior ha mantenido esta definición, pero extendiéndola a los menores apátridas.

²⁵ GEWIRTH, A.: *The Community of Rights*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996, p. 6.

²⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: *Resolución sobre menores no acompañados nacionales de terceros países* (97/C 221/03), de 26 de junio de 1997,

²⁷ Artículo 1 de la Resolución.

La legislación española se ha hecho eco de la definición europea en el Reglamento de Extranjería²⁸, si bien con ligeras diferencias, como emplear el término “extranjeros” en lugar de “nacionales de países terceros” y “apátridas” (cuyas posibles implicaciones serán enseguida analizadas); o añadir el “riesgo de desprotección” a los rasgos definitorios del colectivo, cuya virtualidad, como se sostendrá más abajo, todavía es incierta.

Tres son las notas definitorias del colectivo, a saber: minoría de edad, ausencia de un adulto responsable y condición de inmigrante. La intersección de estas condiciones definirá la singularidad jurídica del colectivo, que determinará los postulados constitucionales de su tratamiento. A continuación, unas palabras sobre cada una de ellas.

2.2.1. Minoría de edad.

La definición del colectivo recogida en la Resolución europea, incluye categóricamente, sin excepción, a toda persona menor de dieciocho años que se encuentre en la situación que describe, lo que otorga a la edad, como nota definitoria, un **carácter absoluto**, que difiere del carácter relativo con la que aparece en otras normas, como la Convención de Derechos del Niño²⁹ o la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante, Ley del Menor)³⁰. Según estas normas, será menor toda persona que no haya alcanzado los dieciocho años de edad, a no ser que, en virtud de su ley nacional, haya adquirido la mayoría de

²⁸ Artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, tras su reforma de Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, Reglamento de Extranjería o RE): “Lo previsto en el presente capítulo será de aplicación al extranjero menor de 18 años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en esta situación”.

²⁹ Artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”

³⁰ Artículo 1: “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”

edad con anterioridad³¹. Sin embargo, se presumirá que la ley nacional fija los 18 años como mayoría de edad, y quien alegue que la ley personal dispone otra cosa, deberá probarlo³².

No obstante, la alusión a la edad en términos absolutos en la definición oficial de “menores no acompañados” implica que cualquier norma/medida específica dirigida a dicho colectivo deberá aplicarse a todos los menores de dieciocho años que se hallen en la situación que aquélla describe, con independencia de que en virtud de su ley nacional, sean o no mayores de edad.

A lo largo de este trabajo se irán describiendo las consecuencias jurídicas anudadas a la minoría de edad, que básicamente girarán en torno al mandato constitucional de protección especial. Protección que se efectúa, en un primer nivel, mediante la sujeción del menor a sus responsables legales (padres o tutores). Ello entra en relación con la siguiente característica definitoria del colectivo.

2.2.2. Ausencia de un adulto responsable.

Los menores integrantes de este colectivo están solos en el territorio español, debiéndose esto entender como desprovistos de un adulto que, por ley o por costumbre, sea responsable de ellos. De manera que estos menores, o bien llegan a nuestro Estado sin sus padres, y sin ellos en él permanecen, o bien llegan acompañados por personas de ellos responsables, pero posteriormente el vínculo se resiente, y dejan de contar con su protección. Ello les sitúa en una posición peculiar ante el Derecho: carecen del principal referente jurídico en la regulación tradicional

³¹ Artículo 9.1 (párr. 2º) CC: “El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior”. En efecto, tal y como puntualiza Ángeles DE PALMA DEL TESO, “[l]a legislación de protección de menores se aplica a las personas que no hubieran cumplido dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hubieran alcanzado la mayoría de edad *con anterioridad*; en cambio, no se aplica a las personas mayores de dieciocho años, aunque según la ley que les sea aplicable adquieran la mayoría de edad con posterioridad”. En “La condición legal de “menor no acompañado” en nuestro Derecho de Extranjería; definición común en la Unión Europea. La *kafala* del Derecho Islámico”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº90, mayo-agosto 2011, pp. 101-138, p. 106.

³² Artículo 281.2 LEC: “También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. [...] El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. Artículo 282 LEC: “Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos u otros medios o instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

y actual de la infancia: la familia³³, así como de un tutor o de cualquier figura de ellos responsable.

La definición oficial del colectivo (prevista en la Resolución europea) se acoge a un sentido estricto de “no acompañado”, aludiendo, por tanto, no a la soledad del menor en términos absolutos, sino a la falta de la compañía de quien de él es responsable – en virtud de la ley o de la costumbre –, por lo que también estarán incluidos en el colectivo quienes viajen con otras personas, como miembros de la familia extensa, amigos, etc., si es que ninguna de ellas es legalmente responsable de los mismos.

Lo jurídicamente relevante es la ausencia de los padres o tutores de estos menores, bien por encontrarse en sus países de origen, o bien porque, aun estando en España, no cumplen con sus obligaciones de protección. Ello pone a estos menores en situación legal de desamparo, por lo que su tutela debe ser asumida, de forma automática (*ex* artículo 172.1 CC³⁴) por la Administración.

Además, en el caso de menores cuyas familias no se hallan en territorio español, el Estado se enfrenta a la dificultad adicional de que éstas se escapan de su jurisdicción, por lo que no podrá intervenir, como generalmente hace en estos casos, con el objetivo de transformar la realidad que condujo a la situación de desamparo³⁵, facilitando así la reinserción familiar del menor.

2.2.3. Condición de inmigrante.

En virtud de la definición europea, los menores no acompañados se caracterizan por ser “apátridas”, o “nacionales de terceros países”, es decir, de Estados que no pertenecen a la Unión Europea. *Sensu contrario*, quedarían excluidos

³³ “El menor está jurídicamente supeditado a su familia hasta la mayor edad. Con este dato-de base natural- cuentan todos los ordenamientos jurídicos y ninguno ha podido suplantarlos”, en GUTIERREZ GARCÍA, C. y MARTÍ SÁNCHEZ, J.M.: “Los derechos del menor. Evolución y situación actual”, en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº 28, sept. 2000, pp. 27-48, p. 29.

³⁴ Artículo 172.1 CC *ab initio*: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando conste que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo [...]”.

³⁵ ARCE, E.: “Menores extranjeros no acompañados Su desprotección frente a la legislación de extranjería”, en ALBERDI BIDAGUREN, J. y GOIZUETA VÉRTIZ, J. (Coord.): *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 187- 200, p. 190.

los menores comunitarios, pues supuestamente no se verían afectados por las restricciones de libertad de circulación vigentes para los nacionales de terceros Estados, sin perjuicio de las moratorias para la entrada en vigor de la libertad de circulación de trabajadores de ciertos Estados miembros, interpuestas por otros Estados miembros³⁶.

No obstante, el Reglamento de Extranjería español habla de “extranjeros”, en lugar de “apátridas” o “nacionales de terceros países”. La diferencia entre ambas definiciones, europea e interna, en este punto, radica en que la última goza de mayor amplitud semántica que la primera, al incluir a los menores comunitarios en su ámbito de aplicación subjetiva. En efecto, la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, Ley de Extranjería o LODYLE) considera “extranjeros”, a los efectos de su aplicación, “a los que carezcan de nacionalidad española” (artículo 1.1)³⁷. No obstante, el mismo artículo añade, a continuación, que “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las reglas que lo regulen, siéndoles de aplicación la presente ley en aquéllos aspectos que pudieran ser más favorables” (artículo 1.3).

Por tanto, el Reglamento de Extranjería considera a los menores comunitarios destinatarios de las normas previstas en legislación de extranjería que les afectan, en la medida en que no haya ninguna regulación más favorable prevista al efecto por el Derecho de la Unión Europea.

³⁶ Por ejemplo, el Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria a la Unión Europea (de 26 de junio de 2005, en virtud del cual ambos países son miembros de pleno derecho de la Unión desde el 1 de enero 2007) prevé la posibilidad de establecer una moratoria para la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena de estas nacionalidades hasta el 1 de enero de 2014. España estableció dicho periodo de transición durante dos años, es decir, hasta enero de 2009, momento en el que se levantó la moratoria. No obstante, debido al aumento del desempleo, el 22 de julio de 2011, mediante la *Instrucción DGI/SGRJ/5/2011, sobre régimen de entrada, permanencia y trabajo en España de los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Rumania y de sus familiares*, el Consejo de Ministros acordó la inmediata entrada en vigor de un nuevo periodo transitorio (hasta diciembre de 2012, que se extendió nuevamente hasta diciembre de 2013), en el que el acceso de trabajadores rumanos por cuenta ajena al mercado de trabajo está sometido a limitaciones.

³⁷No obstante, algunos autores, como Eliseo AJA, consideran “extranjeros” sólo a los extracomunitarios, de manera que, desde su punto de vista, no habría diferencia semántica entre la expresión “extranjero” y “nacional de tercer Estado”. En *Inmigración y democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pp. 45 y ss.

¿Existe algo previsto para los menores no acompañados europeos en el marco de la Unión? En España, el Real Decreto 240/2007³⁸, *regulador del régimen comunitario de extranjería*, sólo se refiere a los menores (considerados independientemente de sus padres), cuando, al tratar la expulsión de ciudadanos europeos, dispone que en el caso de los menores, sólo cabría “si existen motivos imperiosos de seguridad pública” (mientras para los adultos es suficiente con la existencia de “peligro para el orden público o la seguridad nacional”), a no ser que la repatriación “sea conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador”³⁹.

Según la citada norma, para entrar y permanecer en territorio español, no se requiere a los ciudadanos de la Unión más que presentar el DNI o el pasaporte, así como (para residir más de tres meses) inscribirse en el Registro Central de Extranjeros. Pero nada dice respecto a una exigencia de mayoría de edad, o de una exigencia de requisitos adicionales a los menores de edad. Sin embargo, se dispone la posibilidad de repatriarlos en favor de su interés.

Es de suponer que, sin perjuicio de que la libertad de circulación de la que son titulares excluya las restricciones de tránsito de un Estado a otro dentro del territorio de la Unión, el régimen de protección diseñado para los menores no acompañados en general es aplicable también a los menores comunitarios cuando se encuentran en situación de desamparo. Si aquél régimen supone realmente una protección para el menor, su aplicación al menor europeo sería más favorable que la aplicación del régimen comunitario (puesto que bajo legislación de extranjería no cabe la expulsión tampoco por razones de seguridad pública), y llenaría una laguna existente en este último. Ésta es la tesis que parecen apoyar las autoridades españolas, por ejemplo, cuando incluyen a los menores no acompañados rumanos dentro del colectivo genérico del mismo nombre en el *Acuerdo entre Rumania y España sobre menores rumanos no acompañados*⁴⁰, que ha estado en vigor tanto en los

³⁸ Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, *sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*.

³⁹ Artículo 15.6.b) del Real Decreto 240/2007.

⁴⁰ Acuerdo entre Rumania y España de 15 de diciembre de 2005, *sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos* (BOE núm. 195/2006, de 16 de agosto de 2006).

periodos de moratoria o transición establecidos por España respecto a los trabajadores rumanos, como en los que regía la libertad de circulación para los mismos⁴¹.

Las cosas cambiarían si en algún momento la Unión asumiera competencia en materia de protección del menor, en cuyo caso quizá se pudiera asimilar la actuación frente a los menores comunitarios a la seguida con los menores nacionales, basada en la prioridad de la intervención en la familia de origen, con la intención de solucionar los problemas que hayan causado la desprotección, y restablecer los lazos familiares.

Por otra parte, en el caso del colectivo que nos ocupa, sería más adecuado hablar de condición de “inmigrante”, que de “extranjero”, dado que, no sólo se trata de personas que carecen de nacionalidad española (es decir, extranjeros), sino que, además, generalmente llegan a España buscando una mejora socio-laboral desde países menos desarrollados (inmigrantes)⁴².

⁴¹ La doctrina está dividida en este punto. Ana RUIZ LEGAZPI considera que los jóvenes rumanos, independientemente de los derechos que poseen por su condición de comunitarios, viven una “realidad netamente migratoria”, y están sujetos a “las condiciones formales especiales impuestas a los menores que viajan sin sus padres”. En “La protección de los menores inmigrantes”, *op.cit.*, p. 494. Por su parte, Ana GUDE FERNÁNDEZ y M^a Begoña LÓPEZ PORTAS, también mantienen que la normativa relativa a los menores no acompañados va dirigida a todos los extranjeros, independientemente de que sean o no comunitarios, “sin embargo, la realidad indica que el modo de aplicar e interpretar la misma [la normativa] varía dependiendo de si se trata de un menor extranjero de cualquier Estado de la Unión o si se trata de un menor extranjero de un país no comunitario”. En “La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia”, en GARCÍA ROCA, J., ALBERTÍ, E. y OTROS: *Treinta años de Constitución. Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 763-786, p. 770. Sin embargo, según Ángeles DE PALMA DEL TESO, la alusión a la aplicación del “régimen más favorable” a los ciudadanos de la Unión, que hace el artículo 1 de la Ley de Extranjería, excluiría a los menores comunitarios de la regulación del artículo 35 LE. En: “La condición legal de “menor no acompañado” en nuestro Derecho de Extranjería...*op.cit.*, p. 107.

⁴² Ignacio BORRAJO INIESTA resalta la diferencia entre extranjero e inmigrante, en “La posición constitucional de los inmigrantes en Derecho español: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en MATÍA PORTILLA, F.J. (Dir.): *Crisis e Inmigración. Reflexiones multidisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 253-265, p. 258. Eliseo AJA también deslinda el significado de ambos términos en el mismo sentido, si bien excluyendo de ambos conceptos a los ciudadanos comunitarios. De acuerdo con el autor, por tanto, “extranjera es la persona que no es española ni comunitaria (el empresario americano, el turista ruso)”, mientras que “inmigrante es el trabajador extracomunitario, y sus familiares directos, que viene a España para mejorar laboral y socialmente, normalmente desde un país en vías de desarrollo”. En *Inmigración y democracia*, *op.cit.*, p. 45 y ss.

Por último, los llamados menores extranjeros no acompañados generalmente entran de forma irregular al territorio español, a excepción de aquéllos que, habiendo accedido al país de forma regular con su familia, pasan a estar en situación de desamparo de manera sobrevenida, una vez en España. *Sensu contrario*, no se consideran integrados en el colectivo objeto de estudio aquellos extranjeros menores de edad que llegan a España sin su familia pero con la autorización correspondiente para realizar una estancia de estudios, prácticas, trabajo, etc.

A pesar de su entrada irregular, como se expondrá, la residencia de los menores integrados en los servicios de protección, se considera regular a todos los efectos.

3. Presupuesto fáctico: características y perfil del menor no acompañado en España.

La migración de menores no acompañados constituye una modalidad migratoria habitual y general en los últimos tiempos. Constituye lo que se ha denominado la cuarta etapa de la migración, que comienza a mediados o finales de los noventa (siendo la primera la migración de hombres, en los años sesenta y setenta; la segunda la de sus familias; y la tercera, la llamada feminización de la inmigración, a mediados de los años ochenta)⁴³. En España, el fenómeno comienza

⁴³ Dice la COMISIÓN EUROPEA que: “Los acontecimientos de los dos últimos años muestran que la llegada de menores no acompañados no es un fenómeno temporal sino una característica crónica de la inmigración hacia la UE, y que es necesario que la UE adopte un enfoque común respecto a este grupo de inmigrantes”, en Informe al Consejo y al Parlamento europeo: *Informe intermedio de la aplicación del Plan de Acción sobre menores no acompañados*, 28 de septiembre de 2012, COM (2012) 554 final. Sobre el fenómeno de la migración de menores no acompañados en Estados Unidos: CORNEAL, D.A.: “On the way to grandmother’s house: is U.S Immigration policy more dangerous than the big bad wolf for unaccompanied juvenile aliens?” in *Penn State Law Review*, vol 109 (2004-2005), pp. 609-656; EMILY A. BENFER: “In the best interest of the child? An international Human Rights analysis of the treatment of unaccompanied minors in Australia and the United states, in *Indiana I and Comparative Law review*, vol. 14, 2004, pp.729 (como el título indica, este último también habla del fenómeno en Australia); EL PAIS: La cifra de niños que emigran solos a Estados Unidos se multiplica en tres años, 2 de diciembre de 2013: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/12/02/actualidad/1386017752_412725.html. Ilustrativas sobre los problemas que aquejan al colectivo en Francia son las películas *Welcome* (Philippe Lioret, 2009) y *Le Havre* (Aki Kaurismaki, 2011). Sobre la situación en Argentina: “Child trafficking or teenage migration? Bolivian migrants in Argentina”, *International Migration*, vol 43, 2005.

a ser significativo a mediados de los noventa, como indica su primer reflejo legal, en el Reglamento de Extranjería de 1996⁴⁴.

Mucho hay escrito sobre el perfil sociodemográfico de los menores no acompañados en España⁴⁵, por lo que, para evitar la redundancia, se presentará sólo una sintética contextualización, para recordar las pinceladas de realidad sobre las que posteriormente se proyectará la reflexión jurídico-constitucional.

Desde un punto de vista cuantitativo, actualmente el problema sólo puede abordarse en nuestro país previa resignación a la inexactitud. Según un informe elaborado por ACNUR en 2012, el número rondaba, en ese año, en torno a los 4000⁴⁶. Por otra parte, según el *Registro de Menores Extranjeros No Acompañados* de la policía, a principios de 2013 había 2371 menores “activos” (dentro del circuito de protección pública) y 784 “fugados”⁴⁷. Sin embargo, como se verá, se estima que puede haber un número considerable de menores no registrados. Cabría también atender al “censo” proporcionado por las Comunidades Autónomas de los menores que han ingresado en sus respectivos servicios de protección. Sin embargo, se estima que la cifra global resultante de la suma de los distintos registros autonómicos podría estar ilusoriamente engrosada, puesto que la constatada

⁴⁴ Artículo 13 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985*.

⁴⁵ Entre otros: LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y CULEBRAS LLANA, I. (coord.) *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho. IV Jornadas sobre Derecho de los menores, serie V*, Documentos de trabajo, 6, UPCO Servicio de Publicaciones, 2006; LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOROY ARAMBIRRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010. Un estudio comparativo sobre los diferentes perfiles del colectivo en diversos Estados europeos: SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Fundación Diagrama, Murcia, 2008; DURÁN RUIZ, F.J.: “Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros”, en TRACE-Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, n° 60, (diciembre de 2011), pp. 9-17.

⁴⁶ ACNUR ESPAÑA: *Menores no acompañados y la protección del asilo*, 2012. Respecto a años anteriores, un intento estimativo de HUMAN RIGHTS WATCH (*Retornos a cualquier precio*), que salió a la luz en octubre de 2008, hablaba de entre 3000 y 5000 menores no acompañados en España. Por otra parte, un trabajo de Daniel SENOVILLA (*Los menores extranjeros no acompañados en Europa, op.cit.*) informa de que, después de alcanzarse el “pico” de más de 9000 menores acogidos en 2004, la tendencia parece haber sido ligeramente a la baja. El estudio proporciona las siguientes cifras relativas a los ingresos de menores no acompañados en los dispositivos de protección autonómicos: 4057 en 2001, 6329 en 2002, 3965 en 2003, 9177 en 2004 y 2471 en 2005 (pp. 113-114).

⁴⁷ Datos facilitados por el Inspector Alberto Rodríguez García, Jefe del Grupo de Menas [menores no acompañados] y Pateras de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, y encargado de la actuación policial relacionada con el Registro, en entrevista realizada en Madrid, el 19 de agosto de 2013.

movilidad de los menores⁴⁸, y la falta de coordinación entre las distintas Comunidades, puede fácilmente provocar que una misma persona figure en varios registros. Además, cierto porcentaje de menores no acompañados no ingresa nunca en los circuitos de protección, permaneciendo así al margen de cualquier registro.

La ausencia de datos certeros no es un problema exclusivo de España, sino que se reproduce a escala europea. La Comisión, señalando la necesidad de recopilar información sobre el fenómeno de los menores no acompañados (cifras, rutas de inmigración o redes delictivas), recomienda que se colabore en ese sentido en el seno de la Unión⁴⁹.

Respecto a los **países de origen** de los menores que emprenden de manera solitaria un proyecto migratorio a España, ha de tenerse en cuenta que su llegada a nuestro territorio en avión es impensable, por el estricto control sobre los menores que viajan solos ejercido por las compañías aéreas. Por tanto, la inmensa mayoría procede de África, en concreto de Marruecos, tanto de los arrabales de las grandes ciudades del norte, que atraviesan el estrecho con técnicas que tienen tanto de imaginativas como de arriesgadas (la más recurrente es ocultarse en los bajos de los camiones que realizan la ruta⁵⁰), como de zonas rurales del centro y del sur del país, que suelen recurrir a las mafias para realizar el largo recorrido hasta el territorio español, uniéndose a los itinerarios y técnicas de los adultos, por lo que suelen llegar en pateras; al igual que un pequeño porcentaje de Senegal y otros países de África subsahariana⁵¹. En menor escala, también llegan menores de Rumania.

Por otra parte, cada vez es más frecuente el fenómeno de menores de cualquier parte del mundo, especialmente Latinoamérica, que, si bien llegan a

⁴⁸ “Una de las características del movimiento migratorio de los menores en España es que, en demasiadas ocasiones, abandonan voluntariamente los centros de acogida donde fueron inicialmente alojados y se trasladan indocumentados a otros territorios del Estado donde, una vez localizados, manifiestan una identidad distinta”, en FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Instrucción 1/2012, *sobre la Coordinación del Registro de Menores extranjeros no acompañados*, de 29 de marzo de 2012, p. 2.

⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA: Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo: *Plan de acción sobre los menores no acompañados* (2010-2014), COM (2010)213 final, pp. 3-5.

⁵⁰ Como ejemplo de las múltiples noticias que reflejan esta realidad: EL MUNDO: *Rescatados cinco inmigrantes menores de los bajos de un camión en el puerto*, 10 de diciembre de 2009.

⁵¹ RUIZ LEGAZPI, A.: “La protección de los menores inmigrantes”, *op.cit.*, p. 424.

España con sus familias, en un momento dado pasan a estar en situación de desamparo⁵².

A diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, donde los menores no acompañados llegan como solicitantes de asilo (Alemania, Reino Unido), los que llegan a España presentan un **perfil mayoritariamente migratorio**⁵³.

La inmensa mayoría de los menores registrados como no acompañados son hombres. Respecto a las mujeres, se estima que las menores de edad que llegan, lo hacen por otras vías, a menudo relacionadas con la explotación sexual o la trata de blancas. Por otra parte, del principal país emisor de menores no acompañados, Marruecos, no salen mujeres con ese perfil: por la idiosincrasia del país es inconcebible que una menor emigre sola⁵⁴.

A día de hoy no existe reflejo estadístico certero de los efectos reales de la crisis económica española en la llegada de menores no acompañados. Sin embargo, a pesar de que se estima que ha descendido⁵⁵, no lo ha hecho de forma tan significativa como la de los adultos, que prácticamente se congeló desde el 2011⁵⁶.

4. Problemas constitucionales que presenta el tratamiento jurídico del menor no acompañado.

Los problemas de constitucionalidad que presenta el tratamiento jurídico del colectivo objeto de estudio son susceptibles de agruparse en torno a cuatro bloques temáticos fundamentales, a saber, protocolo de actuación inicial, documentación y regularización administrativa, representación independiente y repatriación.

En el marco del **protocolo de actuación inicial**, consistente en la localización e identificación del menor, y su puesta a disposición de los servicios de

⁵² EL PAÍS: *Cuando el Estado también es papá*, 9 de septiembre de 2013.

⁵³ David SENOVILLA HERNÁNDEZ: *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, op.cit.

⁵⁴ Entrevista realizada Miguel Ángel Martín y Javier Úbeda, director y subdirector del centro de protección de menores Manzanares, de la Comunidad de Madrid, a 27 de septiembre de 2012.

⁵⁵ Como explica Hermes de la Osa, director del Centro de Primera Acogida de Hortaleza (Madrid), en entrevista telefónica realizada a 15 de octubre de 2012, el flujo de menores no se ha detenido, aunque es menor. Respecto a las llegadas de menores no acompañados en patera, y según datos facilitados por el Inspector Alberto Rodríguez García, Jefe del Grupo de Menas y Pateras de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en entrevista concedida en Madrid, el 19 de agosto de 2013, en el 2011 llegaron 357 menores no acompañados en pateras, y en el 2012, 277.

⁵⁶ AJA, E.: *Inmigración y democracia*, op.cit., p. 63.

protección de menores, el punto más espinoso es el procedimiento de determinación de la edad, cuya práctica dispone la ley, en el marco de la identificación del extranjero indocumentado, para detectar a los menores y brindarles la protección correspondiente. La problematicidad del procedimiento responde a que el mismo, que normalmente entraña la práctica de pruebas médico-forenses de determinación de la edad, afecta negativamente a varios derechos fundamentales y principios constitucionales. En primer lugar, dichas pruebas arrojan un grado significativo de inseguridad jurídica, derivada del nada desdeñable margen de error que entrañan. Además, durante la realización de las mismas en los correspondientes centros médicos, el interesado se considera privado de libertad. Asimismo, las pruebas en cuestión, que generalmente son de carácter radiológico, afectan negativamente al derecho a la integridad física del menor, así como a su derecho a la intimidad, en cuanto reveladoras de su edad. Por otra parte, en ocasiones las pruebas se practican tras el rechazo arbitrario de la validez del pasaporte del menor, o de la veracidad de los datos en él reflejados, lo que puede implicar lesión del principio de legalidad y, por ende, del principio de seguridad jurídica. A pesar de todo lo anterior, es decir, de la clara amenaza que el procedimiento de estimación de la edad supone en términos constitucionales, así como de la repercusión determinante que tendrá sobre su tratamiento jurídico posterior, al presunto menor no se le reconoce el derecho a asistencia letrada gratuita en este trámite. Todo ello se agrava con la imposibilidad de recurrir el decreto de determinación de la edad emitido por el Ministerio Fiscal, que pone fin al procedimiento. Dicha imposibilidad, que parece presumir una infalibilidad muy lejana a la realidad, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva del menor, en la vertiente de acceso a la jurisdicción.

El **procedimiento de repatriación** suscita varios problemas de transcendencia constitucional. En primer lugar, uno de índole competencial, por la posible invasión por parte del Estado, al regular y ejecutar el procedimiento en cuestión, del ámbito competencial autonómico en materia de protección de menores, pues la repatriación se configura en nuestro Derecho como medida de protección.

Desde una perspectiva sustantiva, la resolución que pone fin al procedimiento administrativo de repatriación puede afectar negativamente al derecho a la vida privada familiar del menor, sus derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a vivir en su propio país, o varios de ellos. Asimismo, la realización del mismo sin las debidas garantías, pone en riesgo el derecho a la vida e integridad física y moral (artículo 15 CE).

La falta de reconocimiento legal del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la fase administrativa del procedimiento, vulnera el derecho a ser escuchado del menor, y constituye una discriminación con respecto a los extranjeros adultos, a los que se reconoce asistencia letrada gratuita en los procedimientos administrativos que puedan terminar en retorno.

Por otro lado, el hecho de que el procedimiento de repatriación pueda incoarse en cualquier momento, conlleva una notable carga de incerteza jurídica que juega manifiestamente en contra de la integración del menor y el ejercicio de sus derechos basado en el libre desarrollo de su personalidad.

Por último, si bien la expulsión de menores no cabe en el ordenamiento español, el Derecho migratorio europeo, en particular, la Directiva de Retorno, prevé ésta y otras medidas, cuya aplicación conculcaría la protección del menor brindada en el ámbito constitucional doméstico. Han de analizarse las implicaciones de ésta y otras antinomias entre sendos ordenamientos, interno y europeo.

La **regularización administrativa** del joven extranjero solo, tanto mientras que es menor, como, y sobre todo, cuando accede a la mayoría de edad, plantea un severo problema de inseguridad jurídica, que afecta tanto a la regulación de los requisitos y procedimientos, como a su aplicación. La incerteza se genera como consecuencia de una regulación confusa y poco clara, así como de la conculcación, por parte de la Administración, de los principios de legalidad e igualdad en la aplicación de la ley, debido a su falta de diligencia e incumplimiento sistemático en la tramitación de las solicitudes de regularización. Ello genera una falta de predictibilidad respecto a la situación administrativa del menor, tanto a corto, como a medio y largo plazo, que también mina el principio de seguridad jurídica, y obstruye su proceso de integración, y, en general, el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales.

Por último, ¿quién es la figura (persona o institución) idónea para tutelar al menor no acompañado, y por tanto, ostentar su **representación legal**? La situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados se caracteriza esencialmente por la desprotección. La carencia de referentes familiares, junto a la falta de asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos vinculados a su condición de extranjero, y el sometimiento a la tutela de una Administración, con la que pueden generarse conflictos de intereses, generan una situación en la que no existe ninguna persona o entidad independiente y legalmente obligada a velar de manera continuada, exclusiva, individualizada y efectiva, por el interés del menor frente a otros intereses. El papel del Ministerio Fiscal, como garante *ex lege* de los derechos del menor, es imprescindible pero, como se verá, fácticamente limitado.

La resolución de estos y otros problemas requiere de un bagaje teórico-constitucional, que delimite los mínimos a respetar, los valores y principios que han de guiar la elaboración e interpretación de las normas, y la metodología a seguir. Es preciso, pues, elaborar una teoría con la que aterrizar en la práctica. Se realizará, en primer término, una reconstrucción del estatuto constitucional del menor extranjero no acompañado para, en segundo término, especular sobre las implicaciones de dicho estatuto en el concreto tratamiento jurídico del colectivo.

I. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL MENOR NO ACOMPAÑADO

1. Introducción.

El estatuto constitucional del menor inmigrante no acompañado descansa sobre dos pilares, la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales, por una parte, y la protección especial que merece dada su situación de vulnerabilidad, por otra.

En el primer pilar deberá atenderse a la fusión de peculiaridades, en cuanto a titularidad y ejercicio de iusfundamental, de sendos estatutos de “menor” y “extranjero”, por ser ambas las condiciones que definen constitucionalmente al colectivo.

En este sentido, se comprobará que la titularidad de derechos del menor no acompañado vendrá definida por el estatuto constitucional del extranjero, ya que, si bien el menor es titular de todos los derechos fundamentales, no es éste el caso del extranjero, y las restricciones en cuanto a titularidad dimanadas de esta condición, afectan a todos los que la posean, independientemente de la edad. Sin embargo, tales restricciones, que conforme a la teoría que se defenderá en este trabajo, se limitan a los derechos políticos del artículo 23 CE, serán en la práctica irrelevantes para los menores extranjeros, ya que su condición de menores no les permitiría ejercer tales derechos, por más que de ellos fueran titulares.

Por otra parte, el ejercicio de derechos fundamentales por el menor no acompañado se verá, en primera instancia, condicionado a la concreta capacidad de obrar que como menor presente. En segunda instancia, atendiendo sólo a este primer pilar, el ejercicio podría verse influido también por las limitaciones derivadas de su condición de inmigrante. No obstante, el efecto de la **protección especial** (segundo pilar) que a los menores no acompañados corresponde, neutralizará, como se verá, el influjo restrictivo proveniente de su condición de inmigrante.

Y es precisamente esa protección especial, que la Constitución de un Estado social como España debe a los menores, máxime si se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada, la que diferencia el estatuto constitucional del menor extranjero con respecto al del adulto extranjero. Es, por tanto, en el segundo pilar, donde encontraremos las principales particularidades constitucionales del colectivo, que aportarán las claves de su tratamiento legal.

A continuación se analizarán con más detenimiento sendos pilares.

2. Primer pilar: titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales.

2.1. Aclaraciones conceptuales previas.

Antes de profundizar en las condiciones de titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por parte de los menores no acompañados, conviene realizar un par de precisiones conceptuales.

En primer lugar, es preciso traer a colación la distinción tradicionalmente trazada en el ámbito civil, entre capacidad jurídica, titularidad y capacidad de obrar, y trasladarla a la esfera iusfundamental o de los derechos fundamentales⁵⁷.

La **capacidad jurídica iusfundamental** es una cualidad potencial, consistente en la abstracta capacidad de ser titular de derechos y deberes fundamentales, y corresponde a toda persona, no admite condicionamientos⁵⁸. Por ejemplo, aunque los extranjeros no posean el derecho a votar en las elecciones generales, si adquieren la nacionalidad, pasan a ser titulares de tal derecho. Poseen, por tanto, la capacidad potencial de ser sujetos de tal derecho⁵⁹.

⁵⁷ Benito ALÁEZ distingue entre capacidad jurídica, titularidad y capacidad de obrar *iusfundamental* y capacidad jurídica, de obrar, o titularidad general o *infraconstitucional*, en *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, pp. 115 y ss.

⁵⁸ BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, 2004, p. 84.

⁵⁹ *Ibidem*. El texto puntualiza que el legislador no posee libertad absoluta de configuración de las formas de naturalización, ya que no puede excluir a nadie tal posibilidad. Además, como prueba del vínculo inescindible entre capacidad jurídica *iusfundamental* y personalidad, se alude a la posibilidad de extender, *ex* artículo 13 CE, por Ley o Tratados, derechos originalmente atribuidos a los nacionales en sede constitucional.

Cosa distinta es la concreta atribución de la **titularidad** de los derechos fundamentales que realice cada ordenamiento jurídico, de manera que aquélla no corresponde en abstracto a toda persona, sino sólo a aquéllas a quienes el ordenamiento se la reconozca⁶⁰. La titularidad no es una cualidad abstracta, sino actual, que, por tanto, admite condicionamientos⁶¹. Siguiendo con el ejemplo anterior, la Norma Fundamental reserva la titularidad del derecho de sufragio en las elecciones generales a los españoles (artículo 13.2 CE).

Por último, haciendo uso del desdoblamiento conceptual de propiedad y posesión, o tenencia y uso, de la Teoría General del Derecho, habrá que distinguir entre la titularidad de un derecho fundamental, y la posibilidad real de ejercerlo por parte del titular, que no es otra cosa que la **capacidad de obrar iusfundamental**.

Como segunda precisión conceptual preliminar, es necesario justificar la distinción introducida, en la descripción de estas categorías, entre **el plano general y el constitucional**. La misma obedece a la especialidad de este último plano y, concretamente, a la especial naturaleza de los derechos fundamentales, cuya interpretación y aplicación se rige por criterios propios, y no siempre similares a los que rigen el resto de relaciones jurídicas⁶².

La distinción de planos se manifiesta especialmente en lo relativo a la capacidad de obrar, en aspectos como la mayor dificultad existente para limitar la modalidad iusfundamental que la general⁶³. Puesto que los derechos fundamentales son instrumentos de manifestación y salvaguarda de la dignidad humana, y facultades imprescindibles para el libre desarrollo de personalidad, condicionar o restringir su titularidad y/o ejercicio será una tarea difícil, y a veces imposible, pues

⁶⁰ *Idem*, p. 85; ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 98; VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad...* *op.cit.*, p. 35.

⁶¹ BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales...* *op.cit.*, p. 85.

⁶² Benito ALÁEZ CORRAL explica la distinción entre capacidad jurídica general o capacidad de ser sujeto de imputación de relaciones jurídicas, y capacidad jurídica *iusfundamental*, o capacidad de ser titular de derechos fundamentales. Si bien ambas son categorías abstractas y no susceptibles de modulación, la capacidad jurídica *iusfundamental* constituye un concepto más restringido que la general y, a diferencia de ésta, generalmente no corresponde a personas jurídicas. En *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, pp. 93-97.

⁶³ *Idem*, pp. 121 y ss. Además, según el autor, mientras la regulación de la capacidad de obrar infraconstitucional depende del sector jurídico de que se trate, los criterios para la modulación de la capacidad *iusfundamental* son siempre los mismos (pp. 121 y ss.).

requerirá una férrea justificación constitucional. Por ello, mientras en el plano infraconstitucional ha imperado tradicionalmente la presunción de incapacidad de obrar del menor, en el constitucional la presunción es la inversa, la posesión de capacidad de obrar iusfundamental, si bien el legislador podrá romperla justificadamente, por razón de falta de madurez o capacidad natural del menor (sólo en determinados casos), o bien, como se verá en el siguiente apartado, con el objeto de brindar la protección especial que demanda la vulnerabilidad de aquél⁶⁴.

La capacidad jurídica iusfundamental está indisolublemente unida a la personalidad y no se puede limitar, así que no presenta complicaciones. Esto acota el análisis a los problemas que plantea la titularidad y capacidad de obrar iusfundamental de los menores extranjeros solos, que exige abordar previamente aquéllos que presenta la condición de menor, por un lado, y la de extranjero, por otro, para luego proceder a analizar su síntesis en la figura del menor extranjero.

Como se expondrá enseguida, mientras que el menor de edad se considera (al menos por la doctrina mayoritaria) titular de todos los derechos fundamentales, incluidos los políticos; el extranjero será titular de aquéllos que le corresponden como persona, pero no de los adscritos a la ciudadanía. En cuanto al ejercicio iusfundamental, ambas condiciones, extranjería, y minoría de edad, entrañan matizaciones: en el caso de la primera, de carácter restrictivo, y en el de la segunda, de naturaleza ambivalente, a veces restrictiva, otras, como se verá, expansiva.

2.2. El menor.

2.2.1. Fundamentos de la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales.

La única disposición constitucional específica en relación con la minoría de edad es el artículo 12, en virtud del cual, “[l]os españoles son mayores de edad a los 18 años”⁶⁵. Nuestro texto constitucional, a diferencia de otros⁶⁶, no recoge

⁶⁴ BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAYERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales...op.cit.*, p. 95; ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales, op.cit.*, pp. 121 y ss.

⁶⁵ Entre los comentarios a este artículo, cabe destacar: LASARTE, C.: “Artículo 12: Mayoría de edad”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II,

explícitamente la consideración del menor como titular de derechos fundamentales, ni su capacidad progresiva para ejercerlos. Sin embargo, tal reconocimiento sí es expreso en la jurisprudencia constitucional⁶⁷ y en la ley (en especial, en la Ley del Menor⁶⁸). Asimismo, el reconocimiento específico de derechos humanos del menor llevado a cabo por la Convención de Derechos del Niño, se infiltra en la Carta Magna, vía preceptos 10.2 y 39.4 de la misma, refundando el estatuto constitucional del menor. De manera que la interpretación *secundum conventionem* de la Constitución, no sólo arroja claridad sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte del menor, sino también sobre su progresiva capacidad de obrar iusfundamental⁶⁹.

Además, a pesar de la falta de reconocimiento constitucional expreso, la Carta Magna ofrece argumentos y fundamentos jurídicos que, sobre todo si se valoran conjuntamente (sin perjuicio del valor de cada uno de ellos individualmente considerados), son suficientes para defender la titularidad y capacidad progresiva de ejercicio iusfundamental por el menor. Junto a los mencionados preceptos 10.2 y 39.4, puertas de entrada de los convenios internacionales (que incorporan tal premisa), la Constitución ofrece las siguientes bases:

Edersa, Madrid, 1996, pp. 169-182; AMORES CONRADI, M.A.: “Artículo 12”, en CASAS BAAMONDE, M.E y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 222-226.

⁶⁶ Art. 11 de la Constitución suiza: “Protección de la Infancia y la Juventud: 1. Los niños y los jóvenes tienen derecho a una especial protección de su integridad y a un fomento de su desarrollo. 2. En la medida de su capacidad de discernimiento ejercen ellos mismos sus derechos”. El artículo 28 de la Constitución de Sudáfrica establece una lista de derechos específicos de la infancia, que pueden resumirse en el derecho a una protección especial del Estado, y da a entender que son titulares del resto de derechos constitucionales.

⁶⁷ Véase las SSTC 197/1991, de 17 de octubre (FJ 4); 154/2002, de 18 de julio; y 141/2000, de 29 de mayo (FJ 5), en la que el Tribunal afirma que “los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales [...], sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandone por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda o custodia o [...] su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación modula su capacidad de obrar”.

⁶⁸ Artículo 3: “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico [...]”.

⁶⁹ Artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”

- La primera de ellas es precisamente la ausencia de fundamento para afirmar lo contrario, es decir, la inexistencia de disposiciones generales restrictivas de la titularidad o ejercicio iusfundamental del menor. Del principio *favor libertatis* se desprende que las prohibiciones o restricciones a los derechos fundamentales deben ser expresas, no caben presunciones en este sentido.

- En segundo término, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos de los derechos fundamentales, dificultan el desprendimiento de su titularidad respecto de la persona física, como depositaria natural de los mismos.

El artículo 10.1 de la Constitución fundamenta el orden político y la paz social en “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás”. Constituyendo el segundo y tercer “fundamentos” (los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad) una elongación del primero; y los dos últimos (respeto a la Ley y los derechos de los demás), límites del mismo⁷⁰, no es rebuscado ubicar en la dignidad humana el núcleo del artículo, y por ende, el fundamento esencial del orden público y la paz social, en general, y de los derechos fundamentales, en particular.

Tal fundamentación, que no es exclusiva de nuestro ordenamiento⁷¹, dificulta severamente la exigencia de requisitos ulteriores a la personalidad para el reconocimiento de la titularidad de derechos. El único requisito adicional admitido

⁷⁰ En esta línea: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional y Europeo: derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid 2005, p. 92. Ésta se remite en este punto a FERNÁNDEZ SEGADO, F: “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, n° 39 (1993), p. 201.

⁷¹ Antonio TORRES DEL MORAL sostiene que la terminología de los textos nacionales e internacionales para definir el fundamento de los derechos fundamentales “gira en torno a la dignidad: dignidad de la persona, dignidad e igualdad, dignidad y voluntad popular”, y al libre desarrollo de la personalidad. En “Fundamento del Sistema Constitucional de los Derechos”, en TRUJILLO, G.; LÓPEZ GUERRA, L.; GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.: *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 220. Otros trabajos en torno a la dignidad como fundamento iusfundamental en las cartas constitucionales e internacionales de derechos: BENDA, E.: “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en VVAA: *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001; OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010; y “El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa continental”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 91, enero-abril, 2011, pp. 135-178; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional y Europeo: derechos y libertades*, *op.cit.*, pp. 90 y ss.

en la mayoría de los sistemas constitucionales vigentes, para el ejercicio de los derechos políticos, que supone “un factor de exclusión frente a la tendencia al universalismo de los derechos fundamentales”⁷², es la ciudadanía. Ninguna otra excepción se ha admitido hasta ahora. Ni siquiera la de los menores de edad, que se consideran, por tanto, titulares de todos y cada uno de los derechos fundamentales⁷³, incluidos los políticos⁷⁴.

⁷² GARCÍA ROCA, J.: *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 134.

⁷³ No obstante, Benito ALÁEZ defiende la insuficiencia de la dignidad como fundamento de la titularidad de derechos fundamentales por parte del menor, sobre la base de que la finalidad homogeneizadora perseguida con la inmersión del menor en la categoría “naturaleza humana” y, por consiguiente, su consideración como portador de dignidad y, por ende, titular de derechos, se desvanece, según el autor, al proceder a llenar de contenido el concepto de dignidad. Si tal contenido se busca en las mismas normas constitucionales, como un compendio de igualdad y libertades, de las mismas pueden derivarse diferencias legítimas de trato al menor, que nos situarán en un “callejón sin salida”. Por otra parte, si la dignidad se llena de contenido fuera de la Constitución, de forma previa a la misma, como rasgo objetivamente imputable a la naturaleza humana, se hallará en la definición de la misma, una falta de homogeneidad, derivada de diferentes condiciones (edad, sexo, etc.) cuyo reconocimiento jurídico soslayaría la universalidad y unidad *insfundamental*. En: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, pp. 52 y ss. Sin embargo, cabrían objeciones a tal discurso. Si el concepto de dignidad se llena de contenido con las normas internas de la Constitución, el hecho de que éstas admitan diferencias en base a la minoría de edad, no significa que el menor no sea titular del derecho a la igualdad. Asimismo, aunque el concepto de dignidad se llene de contenido de forma previa y externa a la Norma Fundamental, las diferentes condiciones humanas que el mismo albergue, no atentaría contra la unidad del concepto mismo, siendo éste, precisamente, un denodado esfuerzo de abstracción para identificar lo que une, y no lo que separa o diferencia, al género humano.

⁷⁴ Defendiendo esta postura: DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª Ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 144; BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales...op.cit.*, p. 86 (donde se mantiene que el derecho de sufragio del artículo 23.1 CE “no se agota en su principal facultad de voto, sino que también incluye otras facultades como la reclamación para ser incluido en el censo electoral que se puede formular a partir de los diecisiete años, es decir, aun siendo menor de la edad requerida para el sufragio”); en la misma línea: PRESNO LINERA, M.A.: *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 131 y ss.; VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad... op.cit.*, p. 35, GIMÉNEZ GLÜCK, D.: “El derecho de sufragio activo y la mayoría de edad”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº12, 2012, pp. 190-206. Como refuerzo argumentativo, Benito ALÁEZ alude a otros derechos de naturaleza política que se le reconocen en nuestro ordenamiento, como, el derecho a la iniciativa legislativa popular, que algunas autonomías, como Cataluña, reconocen a partir de los 16 años de edad (en “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21/Primer semestre 2013, pp. 37-78, p. 63; y en la misma línea: *Minoría de edad y derechos fundamentales, op.cit.*, p. 106). En contra de dicha postura, negando que los menores sean titulares de derechos políticos, se encontraría tanto la Constitución, como la doctrina alemana: ELÍAS MÉNDEZ, C.: “La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 111, Enero-Marzo 2001, pp. 101-130. Asimismo, los artículos 2.1 (“El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente”) y 6.1 (“Son elegibles los españoles mayores de edad que, poseyendo la cualidad de

Asimismo, el hecho de que los derechos fundamentales se fundamenten también en el libre desarrollo de la personalidad, exige que sus propios titulares puedan ejercerlos en la medida que su capacidad lo permita⁷⁵. Esto es, que la *ratio essendi* de los derechos fundamentales sea el desarrollo de la personalidad de sus titulares, como extensión de la dignidad, implica que aquélla (la personalidad) requiere de los derechos fundamentales para su desarrollo en libertad. Pero no sólo de su existencia o titularidad, sino también de su posibilidad de ejercicio. Es el ejercicio de los derechos fundamentales por el menor, como miembro activo de una sociedad, y su interrelación con los demás, lo que contribuirá al desenvolvimiento de su personalidad e identidad⁷⁶. Como corolario de esta argumentación, y siguiendo a Benito ALÁEZ, el ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que se cuente con la madurez suficiente, constituye asimismo una forma privilegiada de (auto) protección del menor en sus relaciones sociales.

- En tercer lugar, el artículo 14 de la Carta Magna, al proscribir cualquier tipo de discriminación, impide que se excluya al menor de la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales. Si bien el precepto no menciona la edad como uno de

elector, no se encuentren incursos en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad [...]” de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, parecen excluir a los menores de la titularidad del sufragio. No obstante, esta exclusión también puede interpretarse, como sugiere Miguel Ángel AMORES CONRADI (“Artículo 12”, *op.cit.*, p. 224), como relativa al ejercicio, y no la titularidad de dicho derecho.

⁷⁵ El Tribunal Constitucional alemán ha vinculado la titularidad de derechos fundamentales del menor con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, afirmando que el joven tiene “desde un principio y de forma progresiva a medida que avanza en edad una personalidad independiente, protegida por el artículo 2.1 LFB [derecho al libre desarrollo de la personalidad] en relación con el 1.1 LFB [derecho a la dignidad humana]” (BVerfge 24, 119). En: ELÍAS MÉNDEZ, C.: “La protección de los menores de edad en Alemania...*op.cit.*, pp. 104-105.

⁷⁶ Según Benito ALÁEZ CORRAL, para quien el fundamento de la titularidad de derechos fundamentales por el menor es su consideración como sujeto de la comunicación social, dichos derechos son “instrumentos a través de los cuales el individuo puede desarrollar su personalidad, y, con ello, ocupar diversos roles en el proceso de comunicación social [...]. Y es, precisamente, esta función instrumental la que les permite dar forma a la dignidad de la persona como su resultado, es decir, como vías para la identificación y libre desarrollo del individuo en su interrelación con otros”. En *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 57. En esta línea: VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad...op.cit.*, p. 36, que re remite al artículo 48 de la Constitución (que obliga a promover “la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”) como reflejo del papel socialmente activo que aquélla atribuye al menor. A su vez la autora se refiere a FERRER RIBA, J., que señala que “si el libre desarrollo de la personalidad es el fundamento de nuestro orden político-art.10- el ordenamiento debe legitimar a toda persona para ejercer por sí mismo los derechos preordenados a dicha maduración personal, en cuanto ello sea compatible con su actitud para el discernimiento”, en “Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la familia y la adolescencia en Cataluña”, en *Derecho Privado y Constitución*, n° 7, septiembre-diciembre, 1995, p. 50.

los criterios por los que se prohíbe discriminar, lo que sí hace la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión⁷⁷, la lista de circunstancias enunciada por aquélla no es de carácter tasado, y además, la edad ha sido expresamente incluida en la misma por la jurisprudencia constitucional⁷⁸. Mientras no caben diferencias respecto a la titularidad de derechos fundamentales⁷⁹, que son inalienables, sí podrá diferenciarse, sin embargo, de forma proporcional, respecto a las condiciones de ejercicio de los mismos.

Es momento de atender a las condiciones necesarias para efectuar dichas diferenciaciones o limitaciones en el ejercicio *iusfundamental* del menor.

2.2.2. El ejercicio iusfundamental: límites intrínsecos y extrínsecos. La representación.

El menor puede ejercer los derechos fundamentales por sí mismo (*autoejercicio*) o, si no cumple los requisitos para ello, y siempre que ello sea posible, por medio de su representante (*heteroejercicio*)⁸⁰.

El criterio para optar por una u otra modalidad de ejercicio es la existencia o no de la capacidad de obrar iusfundamental requerida para un determinado derecho. En ocasiones, la ley presume su existencia cuando se cumplen unos determinados requisitos (el más común: haber alcanzado una determinada edad), mientras que otras veces, la existencia de tal capacidad habrá de valorarse caso por

⁷⁷ Artículo 21.1: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁷⁸ Según el TC, en su sentencia 75/1983, del 3 de agosto de 1983 (F.J. 3), “[l]a edad no es una de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad”.

⁷⁹ Benito ALÁEZ afirma que “[r]especto a la titularidad, nuestro ordenamiento, tratando de maximizar el principio de igualdad, ha querido, en principio, que todas las personas físicas, con independencia, pues, de su edad, disfruten de todos los derechos y libertades, a excepción de aquéllos respecto de los cuales el propio texto constitucional ha previsto su atribución únicamente a los españoles”, en *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 58.

⁸⁰ El estudio actual de referencia sobre el régimen jurídico constitucional de ejercicio de los derechos fundamentales del menor es el llevado a cabo por Benito ALÁEZ CORRAL, que incluye los criterios para determinar el *auto/heteroejercicio* y la *auto/heteroprotección*. En *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.* y “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, *op.cit.*

caso, siendo el juez el competente para dirimir las controversias que se generen al respecto.

Existen determinados postulados constitucionales que se han de respetar por el legislador y los operadores jurídicos en la concreta determinación de las posibilidades de ejercicio *iusfundamental* del menor de edad. Para comenzar, habrá de partirse de una **lógica expansiva**, proveniente, no sólo de las mismas bases constitucionales que fundamentan la capacidad de obrar del menor (dignidad, libre desarrollo de la personalidad, etc.), sino también de la aplicación del principio del *favor libertatis*⁸¹. La Ley del Menor avala expresamente esta lógica, al disponer que “las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva”⁸².

La misma perspectiva expansiva deriva de la estructura misma de los derechos fundamentales, en virtud de la teoría de Robert ALEXY. Según el autor, las normas de derechos fundamentales son principios y, por tanto, mandatos de optimización, destinados a aplicarse con la mayor amplitud que las posibilidades fácticas y jurídicas permitan⁸³. Las primeras (las fácticas), constituyen condiciones de hecho que influyen en el ejercicio del derecho, como por ejemplo, ser trabajador, para ejercer el derecho de huelga; tener como mínimo 18 años para votar; ser docente para ejercer la libertad de cátedra; o contar con un número suficiente de personas para organizar una reunión. Entre ellas se encontraría la existencia de capacidad de obrar *iusfundamental*. Capacidad que depende, a su vez, de la capacidad natural, como capacidad de discernimiento, o lo que la doctrina alemana ha denominado “madurez a efectos de los derechos fundamentales”⁸⁴. Será necesario, por ejemplo,

⁸¹ STC 196/2002, de 28 de octubre. F.J.5. Según reiterada jurisprudencia constitucional, el *favor libertatis* implica que, cuando se suscite alguna duda sobre la exégesis de los derechos fundamentales, debe prevalecer la interpretación que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental en cuestión.

⁸² Artículo 2 *in fine* de la Ley del Menor.

⁸³ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 68.

⁸⁴ Según MUTIUS, A.V. (“Grundrechtsmündigkeit”, en *Jura*, 1987, p. 272), dicha madurez es “la capacidad que permite a las personas físicas ejercer de modo independiente o autónomo sus derechos fundamentales”. Recogido en: ELÍAS MÉNDEZ, C.: “La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional”, *op.cit.*, p. 106. Por su parte, Benito ALÁEZ sostiene que “la madurez del menor [...], lejos de estar vinculada a la racionalidad, debe estarlo a la capacidad de querer y de entender el significado de sus actos [...] dentro de un proyecto vital propio”, en *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 154.

contar con el juicio o entendimiento suficiente para profesar una determinada religión, crear una asociación o decidir sobre una intervención quirúrgica en el propio cuerpo, para poder ejercer tales derechos. La capacidad de obrar iusfundamental del menor se presenta, de este modo, como **límite intrínseco**⁸⁵ al *autoejercicio* de los derechos. Es evidente que la madurez no es un concepto absoluto (en el sentido de que se posee o no se posee), sino gradual, progresivo, como también lo será la capacidad iusfundamental del menor, que irá aumentando de la mano de su madurez. Será el legislador quien determine el grado de discernimiento necesario para ejercer un determinado derecho fundamental, a menudo recurriendo al establecimiento de una edad mínima. En ausencia de previsiones en dicho sentido, la madurez deberá valorarse caso por caso, atendiendo a la naturaleza del derecho.

Cuando el menor no cuente con capacidad de obrar *iusfundamental* suficiente para el ejercicio de un determinado derecho, se podrá recurrir, en ocasiones, al *heteroejercicio*, mediante la **representación**. Pero ello sólo será posible si el interés protegido por el derecho puede satisfacerse cuando éste no es ejercido directamente por su titular. Para saber en qué casos ocurre esto, hay que distinguir entre las diversas facultades que integran un determinado derecho y valorar de forma independiente las posibilidades de representación en su respectivo ejercicio. Ha de atenderse, en primer lugar, al tipo de actuaciones que ampara cada una de las facultades, que podrán ser naturales o físicas, o bien jurídicas. En este contexto, el ejercicio de las primeras, las facultades naturales de los derechos, como puede ser llevar un símbolo religioso, o la emisión pública de un determinado juicio de valor, se desnaturaliza si quien lo ejecuta no es el titular del derecho⁸⁶. Por tanto, en estos supuestos, si el menor no cuenta con la capacidad de obrar necesaria, no podrá ejercer la facultad en cuestión, y tampoco podrá hacerlo su representante.

Frente a las facultades naturales de un derecho, las facultades jurídicas sí admiten *heteroejercicio*, siendo éste a veces incluso obligatorio, al recaer dentro de las funciones tuitivas del representante del menor. Por ejemplo, los padres o tutores de los menores de dieciséis años que no posean madurez suficiente, pueden prestar su

⁸⁵ Utilizamos el término “intrínseco” para hacer hincapié en la diferencia con los tradicionalmente referidos como límites internos o delimitación del contenido de un derecho fundamental.

⁸⁶ En esta línea: ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 143.

consentimiento válidamente para que al primero se le realice una intervención quirúrgica⁸⁷, lo que supone una facultad integrada en el derecho a la integridad física y moral.

Dentro de las facultades jurídicas, se encuentran aquéllas destinadas a garantizar la protección del derecho fundamental, que son básicamente procesales, pero no exclusivamente (incluye también las actuaciones ante el Defensor del Pueblo, entre otras). Por ejemplo, los padres pueden demandar a una revista por publicar fotos de su hijo menor, protegiendo así su derecho a la intimidad⁸⁸.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción exige que todo menor con capacidad y madurez suficiente, pueda, “instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal”⁸⁹, bien él mismo directamente, previo reconocimiento de su capacidad procesal, bien mediante la figura del representante o del defensor judicial. Con este fin, el alto tribunal estipula la necesidad de interpretar los requisitos de reconocimiento de capacidad procesal del menor, así como los de nombramiento de representante o defensor judicial, en sentido favorable al acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*)⁹⁰.

⁸⁷ Artículo 9.3.c de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

⁸⁸ Según Luis María Díez-PICAZO, los menores son titulares *ex constitutione* de derechos fundamentales, sin embargo, en general requieren representación para su ejercicio. Esta postura dimana de la interpretación extensiva por analogía del artículo 162 CC, que parte de la representación del menor por sus padres y tutores para el ejercicio de derechos, pero con ciertas excepciones, entre ellas, el ejercicio de derechos personalísimos, “u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”. En *Sistema de derechos fundamentales*, *op.cit.*, pp. 144 y ss. Si bien el artículo 162 CC regula la capacidad de obrar general, y no iusfundamental, el resultado en la práctica es similar, esto es, atender a la capacidad natural del menor para determinar cuándo puede *autoejercer* sus derechos fundamentales. No obstante, esta teoría aborda el problema desde una óptica distinta, convirtiendo el *autoejercicio* en “excepción”, en lugar de en “regla”, lo que puede tener consecuencias en la interpretación.

⁸⁹ STC 183/2008, de 22 de diciembre, F.J.5.

⁹⁰ Asimismo, de acuerdo con la STC 184/2008, de 22 de diciembre, la tutela judicial efectiva impone “a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen al atribuir legitimación activa para acceder a los procesos judiciales” (F.J. 3). En este caso, el Tribunal estimó que vulneración de aquél derecho-en la vertiente de acceso a la jurisdicción- al denegar la legitimación activa-por falta de interés legítimo- para recurrir la repatriación de un menor extranjero, de una asociación cuyo objetivo es la defensa de los derechos fundamentales.

A pesar de que la capacidad procesal se ha vinculado tradicionalmente, en virtud de las normas procesales civiles (supletorias del resto de órdenes, incluido el constitucional) a la capacidad de obrar general plena, cerrando por tanto la puerta, en principio, a que los menores de edad actúen por sí mismos en juicio⁹¹, cada vez existen más “fisuras” en esta regla general. El orden contencioso-administrativo reconoce la capacidad procesal del menor para la defensa de aquéllos derechos cuyo ejercicio autónomo les esté permitido⁹²; los mayores de dieciséis tienen, siempre que cumplan ciertos requisitos, capacidad procesal en el ámbito de la jurisdicción social para la defensa de sus derechos, máxime cuando hay derechos fundamentales, como la libertad sindical, involucrados⁹³.

Es de suponer que el efecto de la citada jurisprudencia constitucional continúe provocando reformas legislativas a favor del ensanchamiento de los límites de la capacidad procesal del menor, como ya ha ocurrido en sede de extranjería, mediante el expreso reconocimiento a los mayores de dieciséis años de capacidad para intervenir (por sí mismos o mediante el representante que elijan) en el procedimiento de repatriación y en el contencioso administrativo correspondiente (si se impugnara la resolución del primero); así como el derecho de todo menor de dicha edad que presente juicio suficiente (lo que la ley presume a partir de los 12 años) y manifieste una opinión contraria a la entidad protectora, al nombramiento de un defensor judicial (artículo 35.6 de la Ley de Extranjería)⁹⁴.

Por otra parte, el *heteroejercicio* de los derechos fundamentales puede presentar diversas formas y grados de intensidad: puede que sea un tercero quien ejerza tales derechos o facultades en nombre del menor, o bien que le asista, autorice o complemente su capacidad para el ejercicio de los mismos, en cumplimiento del mandato constitucional de protección⁹⁵.

⁹¹ Art. 7 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC): “1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”.

⁹² El artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (en adelante, LJCA).

⁹³ Artículo 16 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la Jurisdicción Social*.

⁹⁴ Esta regulación es fruto de la reforma de la Ley de Extranjería operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que incorpora a aquélla la doctrina emanada de la ya mencionada STC 183/2008, de 22 de diciembre.

⁹⁵ Por ejemplo, el artículo 7.2 LEC prevé lo siguiente: “Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley”.

En conclusión, la capacidad de obrar iusfundamental del menor y la representación, operan como vasos comunicantes, unidos por una relación de proporcionalidad inversa, de manera que, a medida que aumenta la primera, disminuye la intensidad de la protección brindada por el representante. Esta idea queda reflejada en el criterio que la Convención de Derechos del Niño utiliza para deslindar el *auto* o *heteroejercicio* iusfundamental o, a la inversa, como límite al derecho de los padres o tutores de dirigir y orientar el ejercicio de los derechos del menor: el concepto de “evolución de las facultades del niño”⁹⁶. El Tribunal Constitucional también incide en esta progresividad⁹⁷, así como la Ley del Menor, que emplea el concepto análogo de “desarrollo evolutivo”⁹⁸. En este sentido, la delimitación constitucional de la mayor edad⁹⁹ debe entenderse, más que como el comienzo de la capacidad de obrar iusfundamental, como la culminación del desarrollo evolutivo de la persona, a partir de la cual, siempre y cuando no exista una resolución judicial de incapacitación total o parcial, no cabrán restricciones al ejercicio iusfundamental

⁹⁶ Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. Un estudio sobre el concepto, que denuncia la falta de definiciones eficaces de la competencia que requiere el ejercicio de los derechos, así como la escasez de personal cualificado para efectuar las evaluaciones, puede encontrarse en: LANSDOWN, G.: *La evolución de las facultades del niño...op.cit.*

⁹⁷ En la STC 141/2000, de 29 de mayo (F.J. 5), el Tribunal sostiene que: “los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, [...] sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”.

⁹⁸ La Exposición de Motivos habla de cómo “el concepto de ser escuchado si tuviese suficiente juicio [...] introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos [...]”.

⁹⁹ Artículo 12 CE: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”. La constitucionalización de la mayoría de edad, que no es común entre los ordenamientos jurídicos de nuestra órbita, y en efecto no estuvo exenta de polémica en nuestro país, se ha explicado políticamente por el objetivo de ampliar el marco de posibles votantes en el referéndum constitucional del 6 de diciembre de 1978 (mediante un Real Decreto Ley que traslada la decisión de la reducción de la mayoría de edad tomada en sede constitucional). En contra de la constitucionalización, se arguyó la mayor flexibilidad de la legislación ordinaria para una mejor adecuación a la realidad concreta. Por otro lado, quienes defendían la inclusión de la cláusula en la Carta Magna apelaban a la mayor complejidad que progresivamente van alcanzando los textos constitucionales y a la gran importancia social que posee el momento de adquirir la independencia personal. LASARTE ALVAREZ, C.: “La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores”, *op.cit.*, p. 9.

basadas en la falta de madurez. Es, por tanto, más que el inicio de un proceso, el final del mismo.

Por otro lado, cuando ALEXY habla de las “posibilidades jurídicas” de aplicación de un principio, se refiere a la concurrencia (o no) de principios y reglas que en el caso concreto actúen en un sentido contrario a aquél, que frente a él deban ponderarse¹⁰⁰. El grado de aplicación o ejercicio de los derechos fundamentales, como principios que son, depende de las posibilidades jurídicas existentes, esto es, de la existencia o no de bienes constitucionalmente relevantes que actúen en sentido contrario, que constituirán los llamados **límites extrínsecos o externos**¹⁰¹ al ejercicio iusfundamental. De todos los derechos o bienes a los que el menor puede enfrentarse, el único cuya persecución puede legitimar restricciones a sus derechos fundamentales es, como se verá más abajo, el mandato constitucional de protección especial al menor (artículos 9.2 y 39 CE), que en ocasiones actúa en sentido contrario al ejercicio de aquéllos.

Es decir, el mandato constitucional de protección del menor puede canalizarse, bien compensando-mediante la representación- el límite intrínseco de la madurez insuficiente, o bien, como límite externo al ejercicio de derechos fundamentales, justificando limitaciones ulteriores a su contenido¹⁰². No obstante, los límites intrínsecos y extrínsecos confluyen a veces en una zona gris de protección, en la que los confines por ellos dibujados se difuminan, no siendo siempre sencillo identificar si una determinada restricción al ejercicio de un derecho responde a una insuficiencia en la capacidad de obrar *iusfundamental*, o constituye un efecto del mandato de protección específica al menor. Es preciso avanzar en la

¹⁰⁰ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 68.

¹⁰¹ Empleamos indistintamente en este punto el calificativo de “extrínseco” (por armonía con el calificativo de “intrínseco” empleado) o “externo”, ya que es un concepto coincidente con los genéricos límites, o limitaciones externas al contenido de los derechos fundamentales.

¹⁰² En este sentido, Benito ALÁEZ menciona algunos ejemplos en los que, aunque el menor contara con capacidad o madurez para ejercer un determinado derecho, el ejercicio se le restringe en base a su protección especial, como el caso del artículo 4.3. de la Ley del Menor: “Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. Además, y aquí es donde diferimos con el autor, según él, junto al mandato constitucional de protección, existen otros límites constitucionalmente legítimos al ejercicio *iusfundamental* de éste, provenientes de otros bienes y derechos constitucionales distintos a los del menor. En *Minoría de edad y derechos fundamentales*, op.cit., p. 168.

identificación de la proveniencia de las restricciones a los derechos fundamentales del menor, así como en el riguroso sometimiento de aquéllas que provengan de límites extrínsecos, o “posibilidades jurídicas”, al filtro de la proporcionalidad. Es decir, respetar la lógica expansiva o el *favor libertatis* exige que toda restricción al ejercicio iusfundamental emanada de la ponderación con otro bien constitucionalmente protegido, y no de la falta de suficiente capacidad natural del menor, sea sometida al canon de proporcionalidad. Esto significa que el mandato constitucional de protección especial al menor no puede, por sí mismo, legitimar cualquier tipo de restricción al ejercicio de sus derechos fundamentales, sino sólo aquéllas que cumplan con los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁰³. Se retornará a esta idea más abajo, al analizar los efectos hermenéuticos del interés superior del menor. También se comprobará en ese momento que el mandato de protección no sólo entraña restricciones en los derechos fundamentales de los menores, sino que, en ocasiones, conlleva el efecto inverso: la dilatación de su contenido.

2.2.3. Modalidades de regulación del ejercicio iusfundamental.

La capacidad de obrar iusfundamental se considera una categoría dinámica, que evoluciona de la mano de la madurez del menor. El problema es cómo plasmar en el Derecho dicha progresividad, es decir, cómo traducir legalmente la necesidad de atender a la capacidad real del menor para determinar su margen de ejercicio iusfundamental. Frente al sistema rígido tradicional, basado en la prescripción legal de la mayor edad (o distintas mayores edades) que determinaba de modo general y abstracto el inicio de la capacidad de obrar, incluida la iusfundamental, se encuentra el sistema flexible, basado en la determinación casuística de la concreta capacidad

¹⁰³ El juicio de proporcionalidad es el parámetro utilizado por el Tribunal Constitucional para valorar la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales, ya desde los años noventa. La STC 66/1995, de 8 de mayo, (F.J.5) es una de las primeras en enunciar el principio de forma clara y completa (con sus tres sub-principios). Un importante estudio del tema BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

del menor¹⁰⁴. Entre estas dos visiones subyace la tensión entre la seguridad jurídica que ofrece el sistema tradicional y la mayor flexibilidad o adaptabilidad al desarrollo real del menor que conlleva la segunda opción¹⁰⁵. No han faltado posturas eclécticas, como establecer legalmente diversas etapas dentro de la menor edad, a las que se les reconozca una creciente capacidad genérica de actuación¹⁰⁶, o bien regular de manera independiente la edad legal para ejercer cada uno de los derechos fundamentales¹⁰⁷. Es esta última solución, siempre que se deje un margen para la consideración de la concreta madurez de cada menor, la que parece más adecuada y respetuosa, al mismo tiempo, de la seguridad jurídica y del *principium libertatis*. Cada derecho, e incluso cada facultad que integra un derecho, demanda un grado de desarrollo evolutivo diverso. No se requiere la misma madurez, por ejemplo, para ejercer el derecho de reunión mediante la participación en una manifestación, que para decidir sobre un cambio de sexo y someterse a la correspondiente operación quirúrgica, invocando el derecho a la integridad moral y el libre desarrollo de la personalidad. Si bien existen regulaciones en este sentido¹⁰⁸, no hay duda de que

¹⁰⁴ Ejemplos de regulaciones que atienden a la capacidad natural real del menor para determinar su capacidad de obrar, son los ya citados artículos 162 CC y 18 LJCA.

¹⁰⁵ “Es constitucionalmente más adecuado un criterio flexible como el de la posesión de suficiente madurez, y no el rígido de un tope de edad”: en BASTIDA FREIJEDO, F.J.; VILLVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales...op.cit.*, p. 95.

¹⁰⁶ Según Luis DIEZ-PICAZO, “probablemente hay que volver al más antiguo Derecho Romano y distinguir niños, infantes, adolescentes y jóvenes”, en “Menor edad”, en MASCAREÑAS, C.E y PELLISÉ PRATS, B.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVI, Francisco Seix, Barcelona, 1978, pp. 270-277, pp. 271-272. En esta línea: artículo 2.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*: “A los efectos de la presente Ley y de las disposiciones que la desarrollan, se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la Ley”.

¹⁰⁷ En este sentido, Liborio HIERRO defiende que uno de los desafíos a abordar en el campo de los derechos del niño “sería distinguir edades para el ejercicio de los derechos fundamentales, superando la dicotomía mayor-menor”. En “Los derechos humanos del niño”, *op.cit.*, p. 29.

¹⁰⁸ Por ejemplo, para obligarse mediante contrato de trabajo y ejercer ciertas facultades del derecho de huelga y libertad sindical, se requiere haber cumplido los 16 años y estar emancipado, o bien contar con autorización de los guardadores legales (7 ET); para prestar consentimiento informado en el ámbito de la salud: 16 años (artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*); para promover y convocar una reunión: 18 años (artículo 4 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, *reguladora del derecho de reunión*), o bien menores “con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores” (artículo 7.3 de la Ley del Menor); para constituir asociaciones: mayores de edad o menores de más de catorce años con el consentimiento de sus padres o tutores. Respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, la LO 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, en su artículo 13, establece la edad mínima de 16 años, con información al menos uno de los representantes legales de la menor, a no ser que ello le provocara un conflicto grave.

queda todavía un largo camino para concluir el reflejo legal del doble binomio autonomía-vulnerabilidad, y seguridad-flexibilidad¹⁰⁹. Es necesario, para ello, más reflexión y debate doctrinal, que permita identificar criterios que guíen las condiciones de *auto* y *heteroejercicio* de cada uno de los derechos fundamentales, criterios entre los que se encuentran la lógica expansiva como punto de partida, así como la necesidad de aplicar el canon de proporcionalidad a las restricciones que se realicen al ejercicio iusfundamental del menor en virtud del mandato de protección especial del mismo.

2.3. El extranjero.

2.3.1. Persona y ciudadano, dos centros de imputación de derechos.

De lo anterior se deriva que la mayoría de edad no constituye un requisito para la titularidad de derechos fundamentales, aunque su ausencia sí puede expandir el contenido de los derechos fundamentales del menor, o bien condicionar de forma adicional su ejercicio en base a la falta de madurez o a la necesidad protección especial que los menores merecen. Este segundo tipo de restricciones está sometido al control de proporcionalidad.

Lo que sigue, teniendo en cuenta que el colectivo objeto de estudio es el de los menores no acompañados, es dilucidar sobre la forma en que su condición de inmigrante puede afectar a la titularidad y el ejercicio iusfundamental.

Ha de partirse para ello de la doctrina, heredada de los albores del constitucionalismo liberal, y plasmada en la *Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, de los dos centros de imputación de derechos fundamentales, “persona” y “ciudadano”. En virtud de la misma, hay derechos fundamentales que corresponden a la persona como tal, por el mero hecho de serlo, y otros, concretamente los derechos políticos o de formación de voluntad del Estado, que corresponden al ciudadano. De este modo, la categoría de “ciudadanía” evoca la existencia de un vínculo con el Estado, una participación del individuo en

¹⁰⁹ No existe regulación sobre la capacidad necesaria para ejercer las distintas facultades que integran la libertad religiosa, por ejemplo. Véase: VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad...* op.cit.

la esfera pública¹¹⁰, y se considera integrada, tradicionalmente, por “aquellos que crean el poder político de una comunidad, y son sus principales destinatarios”¹¹¹. En Europa esta categoría se ha anudado tradicionalmente a la nacionalidad¹¹².

Empero, el nuevo contexto migratorio y de integración supranacional, ha producido un desfase creciente entre “aquellos que crean el poder político” y aquellos que “son sus principales destinatarios”, erosionando el viejo adagio según el cual *quod omnis tangit ab omnibus adprobetur*. En este contexto, las exigencias del principio democrático presionan jurídica y políticamente en favor de atemperar la vinculación exclusiva de la ciudadanía a la nacionalidad, en favor de una reconstrucción histórica del dogma¹¹³. Como consecuencia de este proceso - todavía inconcluso -, la noción misma de ciudadanía se está sometiendo a revisión, y cada vez son más quienes demandan que se desvincule de la nacionalidad, o que emerjan en el Derecho categorías intermedias entre el extranjero y el nacional, para facilitar otras vías de acceso a la ciudadanía, que estén más relacionadas con la efectiva pertenencia e integración en una comunidad que con la posesión de la nacionalidad, como pueden ser la residencia o la vecindad duraderas¹¹⁴.

¹¹⁰ Es célebre, en este sentido, la vinculación moral que Russel SMEND establece entre el ciudadano y el Estado, en virtud de la cual, al primero se le atribuye un status y una misión especial dentro del todo, atendiendo a sus peculiaridades propias. En “Ciudadano y burgués en el Derecho Político alemán”, en SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 247-267.

¹¹¹ GARCÍA ROCA, J.: *Cargos públicos representativos...op.cit.*, p. 135.

¹¹² Ello deriva, como expresa Benito ALÁEZ, “de la íntima vinculación existente entre una y otra categoría desde los movimientos revolucionarios liberal-democráticos de los XVII y XVIII”, en *Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 283. Por su parte, Pablo SANTOLAYA explica las razones jurídicas y políticas del vínculo entre las dos categorías, analizando las posibilidades de escisión, en “Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio”, en SANTOLAYA, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M.: *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 11-82.

¹¹³ En palabras de Jürgen HABERMAS (*Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 619-643, p. 629), “la ciudadanía democrática no necesita arraigarse en la identidad nacional de un pueblo. No obstante, independientemente de la multiplicidad de las formas de vida cultural, esa ciudadanía precisa de la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común”. Por su parte, Ruth RUBIO MARÍN sostiene que “[c]uando la población de hecho y la membresía de pleno derecho, reconocida esta última a través de la nacionalidad, se disocian, surge un problema de legitimidad democrática”, en “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, en *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Extranjería e inmigración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 11-51, p. 14.

¹¹⁴ Benito ALÁEZ propone que la ciudadanía se considere una categoría gradual, que se adquiere en mayor o menor medida en virtud del grado de afectación que cada individuo tenga respecto de un ordenamiento. En *Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia*, *op.cit.* Por su parte, Miguel Ángel PRESNO

Asimismo, el concepto de ciudadanía europea, como categoría intermedia con vocación de convertirse en “el estatuto fundamental de los nacionales de la Unión”¹¹⁵, ha contribuido también a desprender la ciudadanía de la nacionalidad¹¹⁶. En el mismo sentido, en España, los tintes restrictivos de la ciudadanía se han suavizado con la disminución de los derechos políticos atribuidos en exclusiva al ciudadano¹¹⁷.

Para concluir, el hecho de que existan solo dos centros de imputación de derechos, persona y ciudadano, impide la negación de la titularidad de derechos por razón de la minoría de edad. Esto es coherente con lo mantenido más arriba: los menores son titulares de todos los derechos fundamentales, incluidos los políticos, de manera que la mayoría de edad será condición de ejercicio (no de titularidad) de

LINERA defiende que la ciudadanía debe corresponder a los residentes, como destinatarios de las decisiones adoptadas en una comunidad política. Según el autor: “Cuando el Estado admite que un individuo tenga la condición de residente surge una relación integrada por un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos que tendría que desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano”, en *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 93 y ss. Según Ruth RUBIO MARÍN, “está justificado plantear, adoptando una visión dinámica, una alternativa al binomio nacional-extranjero que consagre progresivamente un estatus de igualdad constitucional a todos aquellos que efectivamente residen de forma estable dentro del Estado sin perjuicio de la nacionalidad”. En “La inclusión del inmigrante...*op.cit.*”, p. 29. Por otra parte, Ignacio BORRAJO INIESTA, basándose en la indisociabilidad de la ciudadanía y la nacionalidad, considera necesario que ésta última se inserte en la política de inmigración del Estado, que debe constituirse sobre la idea de que la inmigración es un fenómeno duradero, y la nacionalidad debería ser la última fase del proceso de integración. En “La posición constitucional de los inmigrantes en Derecho español...*op.cit.*”, p. 260.

¹¹⁵ BORRAJO INIESTA, I.: “La posición constitucional de los inmigrantes en Derecho español...*op.cit.*”, p. 261.

¹¹⁶ ÁLVAREZ ORTEGA, M.: “Metamorfosis del concepto de ciudadanía y ciudadanía europea”, en VVAA: *Una Constitución para la ciudadanía europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 115-129; GARCÍA ROCA, J.: *Cargos públicos representativos...op.cit.*, pp. 140-143; y “Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo”, en: SERRANO GARCÍA, I. (Coord.): *La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 171-189 (p. 176), donde afirma que la “tradicional identidad entre “ciudadano” y “nacional”, que llevaba siempre a la exclusión del sufragio a los extranjeros independientemente de la comunidad en la que vivan, se está viendo progresivamente abandonada por posiciones fundadas en una lógica más participativa y ligada al lugar de residencia; y, con mayor razón, a resultados del proceso de integración europea”.

¹¹⁷ La ley y los tratados han ido extendiendo cada vez más derechos políticos a los extranjeros. Por ejemplo, se ha ampliado el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a extranjeros de diversas nacionalidades residentes en España, haciendo uso, para ello, de la posibilidad recogida en el artículo 13.2 CE de extender dichos derechos mediante ley o tratados bilaterales atendiendo a criterios de reciprocidad. Se han celebrado hasta ahora acuerdos con Noruega, Colombia, Perú, Chile, Ecuador, Paraguay, Nueva Zelanda y Bolivia. Asimismo, en virtud del Tratado de Maastricht de 1993, podrán votar y ser votados también todos los ciudadanos de la Unión, tanto en las elecciones municipales como en las elecciones al Parlamento Europeo. Asimismo, la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, *reguladora del Derecho de Petición*, extiende la titularidad de dicho derecho, que la Constitución atribuye a “los españoles”, a toda persona.

los mismos. Por tanto, en España, el ciudadano (es decir, el nacional) necesita de un requisito ulterior para ser capaz de ejercer sus derechos políticos, que no es otro que la mayoría de edad¹¹⁸.

De esta forma, el residuo actual en nuestro país de la doctrina del doble centro de imputación es la reserva estricta de la titularidad de los derechos que constituyen el núcleo duro de la soberanía, a los ciudadanos. *Sensu contrario*, cabe entender que los derechos fundamentales no vinculados a la ciudadanía corresponden a toda persona. Pero ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional son claras en este punto, muy al contrario, las soluciones proporcionadas hasta el momento suscitan múltiples interrogantes: ¿cuáles son *stricto sensu* los derechos vinculados a la ciudadanía y vedados, por tanto, a los extranjeros? ¿La extensión legal a los extranjeros de la titularidad de los derechos fundamentales que no les están constitucionalmente vedados, les convierte en titulares de un derecho legal, o del derecho fundamental “extendido” propiamente dicho? ¿Puede el legislador establecer restricciones adicionales por razón de la extranjería sobre el resto de derechos, los vinculados a la persona? ¿Bajo qué límites? ¿Qué ocurre con la regulación de los derechos subjetivos que constituyen concreción de los principios rectores? ¿Pueden los poderes públicos excluir sin más a los extranjeros de su disfrute? Y la cuestión nuclear, que subyace a muchas de éstas y otras preguntas, ¿los extranjeros son titulares o no del derecho a la igualdad ante la ley? La búsqueda de soluciones a tales problemas debe iniciarse, tal y como se realizará en el siguiente epígrafe, atendiendo a los postulados constitucionales y a su consiguiente interpretación por parte del Tribunal Constitucional.

2.3.2. El artículo 13 CE y la jurisprudencia constitucional al respecto.

La única disposición de la Carta Magna dedicada específicamente a la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, es el esquivo artículo 13, cuyo primer apartado establece que “Los extranjeros gozarán

¹¹⁸ GARCÍA ROCA, J.: “La declaración de incapacidad...*op.cit.*”, p. 176: “La mayor edad es condición de ejercicio del derecho de sufragio, cuestión que no suscita dificultades”.

en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los tratados y la ley”¹¹⁹. Además, su apartado segundo restringe la titularidad del sufragio activo y pasivo (con la salvedad prevista para las elecciones municipales) y del acceso en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos, a los ciudadanos españoles¹²⁰. Son éstos, por tanto, los únicos derechos de titularidad constitucionalmente vedada a los extranjeros, con la salvedad, en cuanto a la posible extensión de derechos políticos municipales, contemplada en el artículo 13.2 CE¹²¹.

Independientemente de la interpretación que se dé a este artículo, su mera existencia insta la diferenciación como punto de partida, es decir, abre paso a un estatuto constitucional específico para los no nacionales¹²².

Las más de tres décadas transcurridas desde la aprobación del precepto constitucional han venido marcadas, en el plano social, por la transformación radical del contexto demográfico en el que el mismo debe de aplicarse¹²³; en el

¹¹⁹ Según el Tribunal Constitucional, “la expresión “libertades públicas” utilizada en el precepto no debe ser interpretada en sentido restrictivo, de manera que los extranjeros disfrutarán “no sólo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución” (STC 236/2007, F.J. 3). Sobre la interpretación de “libertades públicas”: VIDAL FUEYO, C.: *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 81 y ss.

¹²⁰ Art. 13.2 CE: “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

¹²¹ En efecto, el mismo artículo 13.2 CE introduce una excepción a la excepción, que es la posibilidad de extender a los extranjeros, vía acuerdo bilateral y siguiendo criterios de reciprocidad, los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. De modo que en estricto, los derechos constitucionalmente proscritos a los extranjeros serían el derecho de sufragio para el Parlamento estatal y los autonómicos, así como el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

¹²² En palabras de Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, “[La Constitución] obliga a diferenciar entre los derechos fundamentales de los nacionales y de los extranjeros, estableciendo apriorísticamente un sistema de doble lista sobre la premisa de prever para los extranjeros un estatuto genérico de derechos constitucionales de segundo orden, en tanto que derechos disponibles por el legislador y supeditados a sus estrategias políticas”, en “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente”, en *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2004, p.95-112, p. 105.

¹²³ Mientras que las cifras de extranjeros en España eran nimias en 1978 (en 1981 constituían un 0,52% del total de la población), desde el comienzo de los años noventa comenzaron a aumentar significativamente, llegando a constituir el 12% de la población en 2009. Si bien la crisis económica comenzó a finales de 2007 y se consolidó en el 2008, sus efectos en el ámbito de la inmigración fueron tardíos, no haciéndose patentes en términos de cifras hasta el final del 2008 y, sobretudo, durante el 2009. En este año la entrada de inmigrantes se estancó, y a partir de ese momento el goteo de llegadas es cada vez menor. (Fuente: Instituto Nacional de Estadística). Comentan esta

plano legislativo, por los vaivenes provocados por la tensión política que el tema suscita¹²⁴; y en el jurisprudencial, por los esfuerzos zigzagueantes del Tribunal Constitucional por invertir el punto de partida constituyente, asentado en la diferenciación.

Atendiendo a este último plano, el jurisprudencial, la nota predominante en estas décadas en torno al estatuto constitucional del extranjero no ha sido precisamente la claridad¹²⁵. Si bien el intérprete supremo procuró desde un primer momento reconducir la opción diferenciadora del constituyente hacia una perspectiva igualitaria, asentada en la universalidad de la dignidad humana¹²⁶, varias dudas han emergido de forma recurrente durante su evolución – a veces involución-jurisprudencial, y como se anunciaba, algunas de ellas todavía sin resolver¹²⁷.

Sintéticamente, la jurisprudencia constitucional al respecto parte de la premisa de que el régimen de titularidad o ejercicio iusfundamental de los extranjeros depende del concreto derecho fundamental de que se trate¹²⁸. Además, la aparente desconstitucionalización del estatuto del extranjero que la remisión del artículo 13 CE a ley y a tratados suponía para algunos¹²⁹, no es tal: es necesario partir de los mandatos constitucionales para determinar el régimen de titularidad y ejercicio de

evolución Eliseo AJA (*Inmigración y democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, p. 60 y ss.) y Joaquín ARANGO (“Del boom a la crisis”, en MATÍA PORTILLA, F.J. (Dir.): *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 23-54, pp. 28 y ss.).

¹²⁴ Ver: AJA, E. y ARANGO, J. [Eds]: *Veinte años de inmigración en España: Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, CIDOB, Barcelona, 2006.

¹²⁵ VIDAL FUEYO, M^a C.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, en *Revista Española de derecho Constitucional*, n° 85 (enero-abril 2009), pp. 353-379.

¹²⁶ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad...*op.cit.*”, p. 109. En la misma línea: BALAGUER CALLEJÓN, F.: “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 10, Julio-Diciembre de 2008, pp. 481-505, p. 485; CRUZ VILLALÓN, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 25, 1989, pp. 32-62.

¹²⁷ Camino VIDAL FUEYO aúna algunos de esos interrogantes en torno al artículo 13 CE, entre ellos: ¿la expresión “libertades públicas” debe interpretarse como sinónimo de “derechos fundamentales”? Si es así, ¿en el sentido amplio de todo el Título I de la Constitución, o sólo los derechos de libertad con especial incidencia en lo público?, ¿qué valor se otorga a los Tratados Internacionales?, ¿diferente al otorgado por los artículos 10.2 y 96 CE?, ¿qué alcance tiene la reserva de ley prevista en éste precepto?, ¿difiere de la prevista con carácter general en el 53.1 CE? En: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*op.cit.*”, p. 355.

¹²⁸ STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 4.

¹²⁹ En el voto particular a la STC 115/1987, de 7 de julio, presentado por los magistrados Francisco Rubio Llorente, Francisco Tomás y Valiente y Fernando García Mon, se defiende la libertad del legislador para la configuración del ejercicio de las libertades públicas del Título I por parte de los extranjeros, con el único límite de los tratados internacionales.

cada derecho¹³⁰. Pero, ¿cuáles son dichos mandatos? Una interpretación sistemática del artículo 13 CE con el catálogo de derechos fundamentales recogido en la Carta Magna y los valores de dignidad y libre desarrollo de la personalidad en los que tal catálogo se fundamenta, llevaría, a juicio del Tribunal Constitucional, a la teoría de los tres grupos de derechos, cuya formulación inicial es la que sigue¹³¹. El primer grupo sería el conformado por aquellos derechos que encuentran su razón de ser en la dignidad intrínseca de la condición humana de su titular, por lo que corresponden *ex constitutione* a toda persona y no admiten condicionamientos de ejercicio en base a la extranjería o al estatus migratorio¹³². El segundo grupo lo conforman los derechos constitucionalmente vinculados a los ciudadanos, que son principalmente los derechos políticos consagrados en el artículo 23 CE, en virtud del citado artículo 13.2 CE. Por último, el tercer grupo es una intrigante zona gris que el Tribunal pareció reservarse para arrojar los casos dudosos, integrada, en teoría, por aquéllos derechos que pertenecen o no a los extranjeros en función de lo que establezcan los tratados internacionales y las leyes, y en las condiciones que éstos dispongan¹³³. La libertad de circulación y residencia (artículo 19 CE), y el derecho al trabajo (artículo 35 CE) son ejemplos paradigmáticos de este grupo.

Esta formulación inicial de la consabida teoría tripartita ha ido enfrentándose a sus propias imperfecciones, que sacan a la luz problemas jurídicos de calado, que, si bien hasta ahora se han intentado eludir, inexorablemente han resolverse para proporcionar una respuesta estructural al problema del estatuto constitucional del

¹³⁰ STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 3; STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ. 2; STC 115/1987, FJ 3.

¹³¹ STC 107/1984. El Alto Tribunal ha seguido usando la clasificación tripartita que inauguró en esta resolución, si bien con matizaciones, hasta el presente, incluida la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la última relevante en la materia.

¹³² Por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), a la intimidad, a la libertad y seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2), a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (con los matices que más abajo se explicarán) (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1).

¹³³ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es confusa con respecto a si la libertad de configuración del legislador en este tercer grupo de derechos se limita al establecimiento de las condiciones de ejercicio de los mismos (“al regular estos derechos, la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales”), o si dicha libertad abarca también la determinación de la titularidad de los mismos (“derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales [...]”). Ambas citas corresponden a la misma sentencia, la STC 236/2007, FJ. 4.

extranjero. Una de las deficiencias más problemáticas de la teoría es la elección de la “conexión con la dignidad humana” como parámetro para determinar a cuál de las categorías aludidas pertenece cada derecho. La dignidad es el fundamento de todos y cada uno de los derechos fundamentales, es lo que convierte a un derecho en “fundamental”. Pero utilizarla como criterio jurídico para realizar taxonomías de derechos fundamentales, implica sumergirse en aguas inciertas. *A priori* no habría forma clara de saber qué derechos pertenecen a cada grupo. Además, de la teoría podía inferirse que existían derechos fundamentales, los de la tercera categoría, no vinculados a la dignidad humana.

Lejos de enfrentarse con determinación a la endeblez del criterio de la conexión con la dignidad, el Tribunal Constitucional enmarañó aún más las cosas, pues asumiendo que ciertamente todos los derechos fundamentales están vinculados a la dignidad humana, decidió establecer un nuevo parámetro, aportando un mayor nivel de indeterminación: **el grado** de conexión con la dignidad humana¹³⁴. Es decir, según alto tribunal, si bien todos y cada uno de los derechos fundamentales están relacionados con la dignidad humana, la intensidad del vínculo admite gradación, de manera que algunos derechos son esenciales para su garantía, mientras que otros no lo son tanto. La consecuencia de esta gradación, tan lejana a la seguridad jurídica, es que el debate constitucional en torno a la libertad del legislador para regular la titularidad o el ejercicio de un determinado derecho fundamental por parte de un extranjero, se reduce al absurdo de argumentaciones a favor o en contra de la existencia de un vínculo suficientemente estrecho del derecho en cuestión con la dignidad, como ocurrió en la ya famosa STC 236/2007. En ella, el Tribunal recurre a los tratados internacionales, no para delimitar por la vía hermenéutica el contenido y la titularidad de los derechos fundamentales, como implicaría el mandato del artículo 10.2 CE, sino en un esfuerzo por hallar en su texto indicios que evidencien el enlace indisoluble del derecho en cuestión con la dignidad humana¹³⁵. Concluye la resolución afirmando que existen derechos, como el de reunión o asociación, que si bien son esenciales para el cumplimiento de la dignidad humana (por lo que su ejercicio no se puede imposibilitar), no lo son en

¹³⁴ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, F.J. 3.

¹³⁵ VIDAL FUEYO, M^aC.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*op. cit.*, p. 365.

grado sumo, por lo que su ejercicio sí admitiría condicionamientos adicionales para los extranjeros. Si bien a día de hoy todavía persiste el enigma de si éstos últimos derechos constituyen una cuarta categoría, o bien se incluyen en la primera, o en la tercera¹³⁶; a efectos explicativos en este trabajo, se considerarán incluidos en esta última, que quedaría, por tanto, integrada por derechos cuya regulación admite diferencias en base a la nacionalidad o a la situación administrativa.

Del respeto a los mandatos constitucionales se deriva también, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un segundo criterio para delimitar la titularidad y el ejercicio iusfundamental por parte del extranjero, que se alterna con el del grado de conexión con la dignidad humana, que no es otro que el genéricamente contemplado en el artículo 53.1 CE: el respeto al **contenido esencial** de los derechos fundamentales de los extranjeros¹³⁷. Es decir, como es obvio, el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser respetado por el legislador también cuando los titulares son extranjeros.

Pero la pregunta clave sería, ¿junto a la garantía del contenido esencial, hay algún otro criterio que vincule al legislador en su tarea de regular el ejercicio de derechos fundamentales de los extranjeros? Desde la lógica del Tribunal Constitucional, el problema no afectaría a los derechos “indispensables” para la garantía de la dignidad humana, en los que sería plenamente aplicable el principio de no discriminación y de plena igualdad jurídica entre españoles y extranjeros regulares e irregulares¹³⁸. Tampoco a los derechos constitucionalmente reservados a los ciudadanos *ex* artículo 13.2 CE. El problema emergería en ese tercer grupo de derechos que, si bien vinculados a la dignidad humana, no lo están en un grado tal que impida al legislador establecer diferencias de ejercicio entre españoles y extranjeros, o extranjeros regulares o irregulares. La pregunta es, en este tercer grupo, y una vez impuesta la barrera del contenido esencial, ¿a qué límites constitucionales se ve sometido el legislador para establecer diferencias en las

¹³⁶ VIANA GARCÉS, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la STC 236/2007 (RTC 2007, 236)”, en *Revista española de Derecho Europeo*, nº 27, Julio-Septiembre 2008, pp. 347-377, p. 360; BALAGUER CALLEJÓN, F.: “El contenido esencial de los derechos constitucionales...*op.cit.*”, pp. 501 y ss.

¹³⁷ STC 115/1987, de 7 de julio, F.J. 2.

¹³⁸ STC 107/1984, F.J.3.

condiciones de ejercicio de un derecho basadas en la posesión de la nacionalidad o de la residencia regular?¹³⁹

2.3.3. La lógica constitucional como solución al problema.

En su sentencia 236/2007, el Tribunal Constitucional combina los criterios del grado de conexión con la dignidad humana y el respeto al contenido esencial, y añade uno adicional para determinar la legitimidad de los condicionamientos adicionales en el halo no esencial del derecho, en virtud de la extranjería o de la situación administrativa irregular, que no es otro que el de la proporcionalidad, es decir, que las restricciones iusfundamentales se dirijan “a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guard[e]n adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida” (F.J.4). Ésta es la primera ocasión en la que el criterio de la proporcionalidad se explicita en el contexto de las restricciones iusfundamentales a extranjeros, no obstante, se hace a modo de *obiter dictum*: se menciona en abstracto como límite, pero el Tribunal no lo utiliza consecuentemente para resolver los concretos problemas de constitucionalidad planteados¹⁴⁰.

No obstante, hay autores que defienden que la utilización de la teoría tripartita en la jurisprudencia constitucional ha sido más retórica que real, constituyendo una cobertura bajo la subyace la aplicación de criterios de razonabilidad y

¹³⁹ La doctrina es crítica con el Tribunal Constitucional por no haber establecido criterios que determinen los límites del legislador en este sentido. En relación a la STC 236/2007, Francisco BALAGUER CALLEJÓN estima que: “partiendo de la definición de la dignidad de la persona que se incorpora a la sentencia y de la valoración que se realiza de la garantía del contenido esencial del derecho, no se entiende muy bien en base a qué criterios podrán establecerse condiciones destinadas a limitar el ejercicio de este tipo de derechos [se refiere a los reconocidos directamente por la Constitución a la persona] sobre la base de la condición irregular de la residencia de los inmigrantes”, en “El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración, *op.cit.*, p. 501.

¹⁴⁰ Por ejemplo, al resolver los problemas de constitucionalidad planteados con respecto a la regulación de los derechos de reunión y asociación, el Tribunal reitera que el límite del legislador para establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de estos derechos en base a la irregularidad de la estancia del extranjero, sería el respeto al contenido esencial de dichos derechos, sin mencionar nada respecto al canon de proporcionalidad.

proporcionalidad¹⁴¹, o el respeto del contenido esencial¹⁴², como parámetros de legitimidad de las intervenciones sobre derechos. Como si de manera inconsciente, el Tribunal aplicara los cánones habituales para medir la legitimidad de las restricciones iusfundamentales, pero siguiera utilizando la teoría tripartita como fachada.

Sea como fuere, es cuanto menos extraño que el canon de proporcionalidad haya emergido en la jurisprudencia constitucional sólo como *obiter dictum*, o de manera tácita y/o inconsciente. Es innegable que la sola mención constituye un avance, por abrir la puerta a su aplicación futura¹⁴³, pero el modo concreto de su utilización hasta ahora es claramente insuficiente.

Son ya muchas las voces que preconizan la normalización u homologación constitucional del extranjero en España¹⁴⁴, es decir, la equiparación constitucional de nacional y extranjero. Ello implicaría homologar el tratamiento iusfundamental, de manera que los métodos de condicionamiento o restricción legítima de derechos fundamentales fueran exactamente los mismos, independientemente de la nacionalidad o situación administrativa del titular del derecho. Dado que la naturaleza iusfundamental no muta en función de quien ejerce el derecho, las

¹⁴¹ AJA, E.: *Inmigración y democracia...op.cit.*, p. 316. El autor hace referencia en especial a la STC 94/1993, de 22 de marzo, sin perjuicio de que su afirmación se refiera a la resolución de amparos en general.

¹⁴² VIANA GARCÉS, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la STC 236/2007, *op.cit.*, p.359. Según las autoras, eso ha sucedido hasta la STC 236/2007.

¹⁴³ *Idem*, p. 370.

¹⁴⁴ Entre otros: ROIG MOLES, E.: “Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.): *Problemas constitucionales de la inmigración: Una visión desde Italia y España (II Jornadas Italo-españolas de Justicia constitucional)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 587-632. GARCÍA ROCA, J.: “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.): *Problemas constitucionales de la inmigración: Una visión desde Italia y España...op.cit.*, pp. 71-108, p. 78. Según el autor, con excepción de ciertos derechos políticos, los derechos fundamentales corresponden, *ex constitutione*, tanto a los nacionales como a los extranjeros, y ha de aplicarse la sensibilidad propia de los derechos fundamentales a la extranjería. ESTEVE GARCÍA, F.: “Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos”, en AJA, E. (Coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Institut de Dret Públic, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 51-89, p. 73-75; VIANA GARCÉS, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “El puente está quebrado: *...op.cit.*; DÍAZ CREGO, M.: “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 89, mayo-agosto (2010), pp. 115- 155, p. 118; AJA, E.: *Inmigración y democracia...op.cit.*, pp. 316-318; GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

técnicas que rigen su legítimo tratamiento constitucional tampoco deberían variar¹⁴⁵. Dichas técnicas limitan la libertad del legislador para configurar el contorno de los derechos fundamentales¹⁴⁶ (más allá de la exigencia del respeto al contenido esencial), y estructuran argumentativamente la resolución de conflictos entre derechos o intereses de relevancia constitucional de influjos contrapuestos.

Equiparar constitucionalmente al nacional y al extranjero no conjura el establecimiento de diferencias de trato en el ejercicio iusfundamental, basadas en la nacionalidad o en el estatus migratorio, máxime si se trata de ámbitos tradicionalmente integrados en el núcleo duro de la extranjería (visados, autorizaciones de residencia, expulsiones). Sólo somete tales diferencias a los juicios de proporcionalidad e igualdad¹⁴⁷. A través de este cauce, los factores “extranjería” y/o “irregularidad administrativa” podrían llegar a generar diferencias jurídicamente relevantes, susceptibles de justificar, en determinados casos, un tratamiento jurídico diverso. Dichos factores introducen en el tablero determinados intereses de relevancia constitucional, como la salvaguarda de la seguridad nacional o el orden público, o la gestión ordenada de los flujos migratorios¹⁴⁸, que en ocasiones juegan en sentido contrario al ejercicio de determinados derechos fundamentales, como la

¹⁴⁵ En este sentido: VIANA GARCÉS, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “El puente está quebrado...*op.cit.*, p. 370.

¹⁴⁶ “El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este criterio opera como criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución”, en BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad...op.cit.*, p. 77.

¹⁴⁷ En este sentido, Ruth RUBIO MARÍN evoca jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en virtud de la cual la discrecionalidad administrativa para renovar o no un permiso de residencia o expulsar o no de forma legítima a un extranjero residente, se ve limitada, además de por el principio de protección de expectativas legítimas, por el principio de proporcionalidad. “La inclusión del inmigrante...*op.cit.*, pp. 25-26. La autora alude a la resolución BVerfGE 35, 382 (1973), en la que el Tribunal alemán pondera “los intereses concretos que el extranjero tiene en permanecer en el país (vínculos profesionales, familiares, etc.) a la hora de determinar si el interés público alegado para justificar una medida de expulsión es suficientemente importante como para prevalecer sobre los primeros”.

¹⁴⁸ Eliseo AJA formula expresamente el control de los flujos como uno de los dos ejes que, junto al principio de proporcionalidad, guiarían las limitaciones y condicionamientos legales a los derechos fundamentales de los extranjeros. En *Inmigración y democracia...op.cit.*, p. 317. Por otro lado, hablando de la ponderación de derechos fundamentales, Robert ALEXI aclara que “tanto las normas que conceden derechos fundamentales al individuo como las que ordenan la persecución de intereses de la comunidad, pueden ser concebidas como principios”, y por tanto, ambas podrán ser objeto de ponderación. En *Teoría de los derechos fundamentales...op.cit.*, p. 82.

libertad de circulación y residencia, o el derecho al trabajo, por parte del extranjero, y que podrán condicionarlos, siempre que sea de manera constitucionalmente legítima, es decir, proporcional.

Sin embargo, la normalización constitucional del extranjero se topa con un límite claro, que no es otro que el de los derechos imputados al centro “ciudadano” (artículo 23 CE), respecto a los que la Constitución prohíbe la equiparación (artículo 13.2).

Fuera de esta excepción constitucionalmente impuesta, la homologación constitucional del extranjero implicaría maximizar el espacio de igualdad permitido por la Norma Fundamental, extendiendo el derecho de igualdad a los extranjeros (excepto en relación a los derechos del artículo 23 CE), y permitiendo que la ley y los tratados diferencien por motivo de extranjería o estatus migratorio, sólo cuando haya motivos fundados para ello, y en la medida en que sea proporcional.

Arrinconar la diferencia constitucionalmente impuesta respecto a los derechos políticos, y equiparar en el resto de ámbitos, implica adoptar una teoría bipartita abandonando la tripartita. Ésta constituye una rémora para la normalización constitucional del extranjero, pues deja de extender la igualdad a espacios, como la tercera categoría de derechos (los que según dicha teoría pertenecen a los extranjeros en la medida que lo establezcan los tratados y la ley), en los que la Carta Magna no impide hacerlo. La resistencia a la homologación responde a la influencia que la gestión de flujos migratorios ejerce sobre las posibilidades ejercicio de algunos de ellos, como el derecho al trabajo (artículo 35 CE¹⁴⁹) y, sobre todo, la libertad de circulación y residencia (artículo 19 CE¹⁵⁰), por parte de los extranjeros.

De hecho, este último (artículo 19 CE) en un principio fue concebido por la jurisprudencia constitucional, en lo que respecta a los extranjeros, como un derecho

¹⁴⁹ Artículo 35 CE: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores”.

¹⁵⁰ Artículo 19 CE: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

de configuración legal¹⁵¹, en la comprensión primigenia de la expresión, es decir, “derecho constitucional cuya titularidad y objeto es disponible por el legislador”, de manera que “la libre voluntad del tratado o la ley” podía determinar si el derecho- o mejor, la versión del mismo desprovista de rango fundamental-, pertenecía o no a los extranjeros y, en caso afirmativo, si las condiciones de ejercicio por parte de estos diferían de las de los españoles, o no (STC 107/1984, F.J.3). No obstante, el Tribunal ha ido hilando cada vez más fino y, al tiempo que desglosaba los distintos derechos incluidos en el artículo 19 CE¹⁵², combinados con las diferentes situaciones administrativas en que el extranjero puede encontrarse, derivaba pinceladas de protección constitucional¹⁵³. Para ello, el Tribunal trasciende la literalidad del 19 CE (cuyo sujeto activo son “los españoles”), apelando a una interpretación sistemática del mismo, de acuerdo con el artículo 13 CE. Precepto que, según la jurisprudencia constitucional citada, no supone una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros, sino un desarrollo legislativo que respete los mandatos constitucionales, de manera que la libertad de configuración del legislador, si bien amplia, no es ilimitada. En virtud de tales mandatos, y concretamente de aquél que ordena una interpretación de los derechos conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Tribunal ha declarado (sobre todo en base a los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en adelante, PIDCP-¹⁵⁴), en primer lugar, que los

¹⁵¹ GARCÍA ROCA, J.: *Cargos públicos representativos...op.cit.*, p.182. El autor realiza un rastreo jurisprudencial en busca del significado de lo que denomina la “hidra de mil cabezas”, los derechos fundamentales de configuración legal, concluyendo que el concepto adquiere distintos significados dependiendo del contexto en que se aplique, por lo que cuestiona que se trate de una verdadera categoría jurídica. Una de las acepciones que identifica es la aquí mencionada, la de derechos constitucionales sobre los que el legislador tiene un poder de disposición ilimitado, algo que el autor considera “inaceptable” por desvirtuar la idea de derechos constitucionales. Con el tiempo, el propio TC enmendó su inicial “afirmación jurisprudencial excesiva”, exigiendo al legislador que, al configurar los derechos, respete los mandatos constitucionales (STC 115/1987). La conclusión a la que llega el autor es que, la diferencia entre los derechos de configuración legal, de los que no lo son, es de carácter cuantitativo, en cuanto a la manipulación de su contenido que se permite al legislador, no cualitativo.

¹⁵² STC 72/2005, de 4 de abril, F.J.5: “El art. 19 CE reconoce a “los españoles” cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional”.

¹⁵³ RUBIO MARÍN, R.: “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, *op.cit.*, pp. 26-27.

¹⁵⁴ De 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977. Su artículo 12 establece que “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho

derechos del artículo 19 CE son susceptibles de pertenecer a los extranjeros, por no estarles expresamente vedados, como los del artículo 23 CE; y en segundo lugar, que los extranjeros regulares son titulares de los mencionados derechos del Pacto Internacional, y sólo podrán ser expulsados por causa legal y cumpliendo un mínimo de garantías procesales¹⁵⁵. A tales pinceladas de protección puede añadirse la prohibición de expulsiones colectivas¹⁵⁶, así como el respeto al derecho de asilo (artículo 13 CE), o la libre circulación de los ciudadanos europeos.

De los integrados en el artículo 19 CE, el derecho más problemático en cuanto a su reconocimiento a los extranjeros es, sin duda, el de la entrada al territorio¹⁵⁷. Es un derecho de carácter *sui generis*, ya que su ejercicio es, de alguna forma, “preliminar” al de los demás derechos, que vinculan una vez dentro del territorio: el artículo 13 reconoce a los extranjeros *en* España los derechos fundamentales del Título I de la CE. La fuerza normativa constitucional se

a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”. En virtud de su artículo 13 PIDCP: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

¹⁵⁵ STC 94/1993, F.J. 2 y 3. En este último fundamento, el Tribunal dispone que es “lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella. La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es, en modo alguno, absoluta [...]. Las leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado, limitado pero cierto, de libertad que reconocen los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado. Así pues, los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles [...]”. En la misma línea: STC 72/2005, de 4 de abril, F.J. 7.

¹⁵⁶ Artículo 4 del Protocolo nº 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1963, ratificado por España en septiembre de 2009.

¹⁵⁷ La STC 72/2005 es contundente al respecto: “No hay, pues, ambigüedad ninguna ni en la literalidad del art. 13.1 CE ni en la interpretación sistemática que lo proyecta sobre el art. 19 CE en relación con los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, de suerte que hemos de concluir que el derecho a entrar en España, con el carácter de fundamental, sólo corresponde a los españoles y no a los extranjeros” (F.J.7).

despliega en el territorio español, no fuera del mismo, de ahí que el legislador goce de mayor libertad de configuración del estatuto del extranjero en España, cuanto más desvinculado esté éste de su jurisdicción¹⁵⁸.

Independientemente de este carácter *sui generis*, estimamos que la perspectiva para abordar el problema, más que una discusión, posiblemente estéril, respecto a si los extranjeros son titulares o no del derecho a entrar al territorio nacional, sería plantearse los límites del Estado para regular el derecho de entrada. En este sentido, hoy en día, nadie puede afirmar que el poder soberano del Estado es ilimitado en este sentido (como en ningún otro), pues cada vez son más las restricciones que se le oponen. Como se ha expuesto más arriba, la desprotección constitucional de los extranjeros en este sentido no es absoluta. La pregunta clave es si se debe someter la normativa de entrada y residencia en el Estado, al canon de proporcionalidad. Si la respuesta es afirmativa, implícitamente se estaría aceptando la titularidad del derecho de entrada por los extranjeros. Dicha interpretación sería la más adecuada al principio del *favor libertatis*, en cuya virtud, los derechos no negados por la Constitución a los extranjeros, como es el caso de los reconocidos en el artículo 19 CE, han de considerarse reconocidos¹⁵⁹.

Además, ¿no es significativo el hecho de que, una vez cumplidos determinados requisitos administrativos, los extranjeros se consideren titulares del derecho en cuestión? El hecho de condicionar el ejercicio legítimo de un derecho al cumplimiento previo de determinados requisitos administrativos, ocurre también con respecto al derecho al trabajo. Sin embargo, el reconocimiento de su titularidad a los extranjeros es más pacífico, posiblemente porque no toca, al menos no tanto como el derecho a entrar al territorio, las entrañas de la soberanía clásica del Estado.

¹⁵⁸ La STC 72/2005, de 4 de abril, aclara que el artículo 13 CE no se refiere a los extranjeros sin más, sino a los presentes en España, por lo que aquéllos que se hallan fuera del territorio estatal se consideran fuera del ámbito de aplicación del precepto.

¹⁵⁹ David GIMÉNEZ GLÜCK analiza la jurisprudencia constitucional en este sentido y concluye que, de acuerdo con la misma, “sólo los derechos del art. 23 CE son de titularidad exclusiva de los nacionales; del resto, incluidos estos [se refiere a los recogidos en los artículos 14, 19, 29, 30, 35 CE], son titulares también los extranjeros, en los términos que establezcan los tratados y la ley- o ni siquiera con éste límite en aquéllos que afecten a la dignidad de la persona-, en virtud de la titularidad genérica reconocida para los extranjeros en el artículo 13.1 CE. Es decir, a pesar de que la titularidad específica de estos derechos no se reconoce en estos artículos a los extranjeros, la atribución genérica del artículo 13.1 CE subsana dicha omisión”, en *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosh, Barcelona, 2004, p. 41.

Pero el problema es el mismo. Por ello, podría mantenerse que los extranjeros son titulares del derecho a entrar, y podrán ejercerlo siempre que cumplan determinados requisitos impuestos por la ley, requisitos que a su vez deben respetar el contenido esencial y el principio de proporcionalidad¹⁶⁰. En este sentido, cabrán más diferencias de regulación con respecto a los españoles, en la medida en que la situación del extranjero sea más disímil o menos análoga a la de aquéllos (caben más restricciones a los irregulares que a los regulares, por ejemplo). En relación con el carácter *sui generis* o “preliminar” que se predicaba, las exigencias constitucionales serán más laxas o menos intensas cuanto más desvinculado (o desarraigado) se encuentre el extranjero de España. Y por último, por más que sea un derecho de intensa configuración legal, el derecho legalmente configurado posee rango iusfundamental¹⁶¹.

En conclusión, y enlazando así con la premisa inicial del doble centro de imputación iusfundamental, la homologación constitucional del extranjero implicaría mutar la teoría tripartita, por una bipartita, en virtud de la cual existirían tan sólo dos categorías de derechos, a saber, los imputados al ciudadano, y los imputados a la persona (independientemente de la nacionalidad o situación administrativa del titular), cuyo ejercicio podrá ser condicionado de forma proporcionada, y respetando el principio de igualdad.

Además de respetar estos parámetros materiales, el condicionamiento legal del ejercicio iusfundamental de los extranjeros debe respetar otro requisito formal: reserva de ley o tratado. Esto es, tras la mutación constitucional (aún no concluida) que se defiende, la principal aportación del artículo 13 CE, lo que hace que no sea

¹⁶⁰ AJA, E.: *Inmigración y democracia...op.cit.*, pp. 317-318.

¹⁶¹ Según Javier GARCÍA ROCA (*Cargos públicos representativos...op.cit.*, pp. 180 y 184), “ningún derecho fundamental es totalmente de configuración legal, porque al unir la “configuración legal”, como calificativo, con su sustancia como derecho fundamental parece ponerse en tela de juicio su carácter de Derecho válido y directamente aplicable e indisponible por el legislador. La expresión contempla el riesgo de que sea interpretada como una desconstitucionalización de los derechos fundamentales”. Por su parte, Luis María DIEZ PICAZO explica que “[a] pesar de que el 19 CE se refiere únicamente a los españoles, el Tribunal Constitucional ha afirmado que también los extranjeros pueden ser titulares de la libertad de residencia y circulación, pero lo son, tal y como prevé el artículo 13.1 CE, únicamente “en los términos que prevean los tratados y la ley” (SSTC 94/1993 y 169/2001). [...] “[L]a libertad de residencia y circulación de los extranjeros, allí adonde alcanza, se comporta como un genuino derecho fundamental, especialmente a efectos del recurso de amparo. Se trata de un supuesto típico de derecho de configuración legal”. En *Sistema de derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 290.

superfluo, sería la posibilidad de regular en tratados internacionales, las condiciones de ejercicio iusfundamental de los extranjeros (no sólo en ley, como exige la reserva genérica del artículo 53.1 CE). Si el estatuto constitucional del extranjero termina de normalizarse, ésta debería ser, por tanto, la nueva interpretación del artículo 13 CE (apartados 1 y 2), que respeta plenamente su literalidad: los extranjeros en España son titulares de los derechos del Título I (excepto de los del artículo 23 CE) y los ejercerán en los términos que establezcan la ley y los tratados, que siempre deberán respetar, en su desarrollo, los test de proporcionalidad e igualdad derivados de los mandatos constitucionales.

2.3.4. La igualdad jurídica de los extranjeros.

La interpretación del artículo 13 CE propuesta implica considerar a los extranjeros titulares del **derecho a la igualdad y no discriminación** (excepto en relación con los derechos del artículo 23 CE), a pesar que la literalidad del artículo 14 habla de “españoles”¹⁶². No obstante, si bien el mismo Tribunal Constitucional ha trascendido, en su jurisprudencia, dicha literalidad¹⁶³, nunca ha llegado a reconocer, sin ambages, la titularidad del artículo 14 CE por los extranjeros, limitándose a proteger los espacios de igualdad que tienen cabida en su teoría tripartita¹⁶⁴, a saber, lo relacionado con los derechos que considera indispensables

¹⁶² Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna [...]”

¹⁶³ Como dice Javier GARCÍA ROCA, no se puede hacer una interpretación literal del artículo 14 CE: si bien habla de “españoles”, eso “no ha sido un obstáculo para colegir una prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, esto es, la interdicción de diferencias normativas desprovistas de una justificación razonable y proporcionada”, en “Inmigración, integración social de los extranjeros, y concurrencia de competencias territoriales”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO: XXIX *Jornadas de Estudio. Derecho, Inmigración e Integración*, 21, 22 y 23 de noviembre de 2007, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, p. 64. En la misma línea, en el ámbito constitucional italiano, Emanuele ROSSI defiende la necesidad de superar la literalidad en la interpretación de los artículos de la Norma Fundamental italiana expresamente referidos a los ciudadanos, puesto que, de otro modo, se produciría la paradoja de excluir a los extranjeros del mismo artículo 3 de la Constitución italiana de 1947 - que recoge la dignidad social, la igualdad formal y la igualdad material-, contradiciendo la jurisprudencia al respecto de la Corte Constitucional italiana. En “I diritti fondamentali degli stranieri irregolari”, en REVENGA SANCHEZ, M.: *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 109-152, p. 129.

¹⁶⁴ DÍAZ CREGO, M.: “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad...*op. cit.*, p. 119. A modo de ejemplo, la autora cita las SSTC 150/1994, de 23 de mayo, y 130/1995, de 11 de septiembre. En esta última, el Tribunal resuelve un recurso de amparo en base al artículo 14 CE en

para la garantía de la dignidad humana (primer grupo) y con el contenido esencial de los derechos fundamentales de los que toda persona es titular.

La STC 137/2000¹⁶⁵ constituyó un timorato avance en el periplo jurisprudencial de la igualdad de los extranjeros. En el seno de un párrafo un tanto esquizofrénico¹⁶⁶, el Tribunal primero proscribe la discriminación por motivo de la nacionalidad en el disfrute de un derecho infraconstitucional (un permiso penitenciario)¹⁶⁷, pero, renglón seguido, reconduce el problema al derecho, que el Tribunal reconoce a los extranjeros, a no ser discriminados por las causas recogidas en el artículo 14 CE (raza, sexo, religión, etc.). El final del párrafo parece deslindar el derecho a no ser discriminado por las razones enumeradas en la lista del artículo 14, del que los extranjeros son titulares (es decir, a un extranjero no se le puede discriminar por razones de raza, religión, etc.), del derecho a la igualdad ante la ley¹⁶⁸, que sólo podría atribuirse a los extranjeros en los espacios inviolables de

relación con el artículo 41 CE, por la falta de reconocimiento de la prestación por desempleo a un marroquí, sobre la única base de su nacionalidad. El TC lo reconduce sólo al artículo 41 arguyendo que en relación al disfrute de los beneficios de la seguridad social, el legislador podía establecer diferencias entre españoles y extranjeros. Pero no dice por qué el artículo 41 se encuadra en esa categoría de derechos, ni se refiere a ulteriores límites del legislador para establecer diferencias de trato en esta materia entre españoles y extranjeros. Con un razonamiento parecido: STC 95/2000, de 10 de abril.

¹⁶⁵ De 29 de mayo de 2000.

¹⁶⁶ STC 137/2000, F.J.1 *in fine*: “En la demanda de amparo se habla, con acierto, de que no se puede discriminar en relación con el disfrute de este tipo de permisos penitenciarios por causa de la nacionalidad, en este caso francesa, del solicitante. Pues, a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el art. 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros [...] se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 107/1984, FJ 3) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Pero a la hora de explicar los motivos y de exponer los argumentos acreditativos de la discriminación, en la denegación del permiso de salida por el hecho de ser extranjero, en la demanda se guarda un silencio total que sólo se ve interrumpido por la simple invocación a la igualdad. Por tanto, el demandante no ha desplegado, como es su obligación, una mínima actividad, ni mostrado indicio alguno, para llevarnos al convencimiento de que ha sido objeto de un trato discriminatorio en la aplicación de la ley que ha llevado a cabo la resolución judicial impugnada y que pudiera haber servido para vincular la hipotética desigualdad de trato de que se queja con alguna de las causas expresamente prohibidas en el art. 14 CE. Por lo que debe también rechazarse el motivo de lesión del principio de igualdad ante la Ley”

¹⁶⁷ Según Francisco CAAMAÑO, “(la sentencia) insinúa la voluntad del Tribunal de aprovechar la enumeración abierta de las causas de discriminación contenida en el artículo 14 de la CE, para incluir la nacionalidad como un rasgo prohibido en la diferencia de trato”, en “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad...*op.cit.*”, p. 109.

¹⁶⁸ Como dicen Juan María BILBAO UBILLOS y Fernando REY MARTÍNEZ (*El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 112), la diferencia entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación estriba en que la segunda

igualdad antes citados (contenido esencial y derechos imprescindibles para la dignidad humana).

Si bien el Tribunal Constitucional ha llegado a aplicar el juicio de igualdad a distinciones de trato realizadas sobre la base de la nacionalidad¹⁶⁹, aunque sin requerir el plus de argumentación como si de uno de los criterios expresamente prohibidos se tratase, lo ha hecho en un supuesto muy concreto (en el que precisamente se discriminaba a personas españolas frente a italianas, en territorio español), por lo que esta senda jurisprudencial está todavía lejos de consolidarse.

Atendiendo al Derecho Internacional, el reconocimiento más amplio de la igualdad ante la ley de los extranjeros se encuentra en el artículo 26 del PIDCP¹⁷⁰ y en el artículo 1 del Protocolo Adicional 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁷¹. Preceptos que se caracterizan por su carácter autónomo o general, es decir, prohíben la discriminación e imponen la igualdad con respecto a cualquier derecho que exista en el ordenamiento jurídico; a diferencia de la mayoría de las disposiciones de esta índole insertas en otros tratados internacionales, que tendrían carácter relacional o accesorio de los derechos recogidos en el convenio de que se trate, como es el caso del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁷² (en adelante, Convenio Europeo o CEDH). Disposición ésta que, por

es una variedad de la igualdad que se da cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los sospechosos.

¹⁶⁹ STC 5/2007, de 15 de enero. Es el caso de unas profesoras españolas que, por el hecho de no ser italianas, estaban peor retribuidas que las profesoras de esta nacionalidad. El TC estimó el amparo interpuesto por las españolas.

¹⁷⁰ Artículo 26 del PIDCP: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

¹⁷¹ Artículo 1 del Protocolo número 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 2000, ratificado por España el 25 de enero de 2008: “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”

¹⁷² Encarna CARMONA («La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos...*op.cit.*»), explica que el artículo 14 del Convenio recoge un derecho relacional (sólo puede ser alegado en combinación con otros derechos del Convenio) y subsidiario (“si se constata la violación de alguno de los derechos sustantivos, no es preciso examinar la posible vulneración de éstos con relación a la prohibición de discriminación del artículo 14”, p.739). Sin embargo, la autora señala que el Tribunal demuestra una tendencia expansiva en el entendimiento del derecho, y en los últimos años ha

cierto, contempla el origen nacional como motivo expresamente prohibido de discriminación¹⁷³, de lo que el Tribunal Europeo se ha valido para aplicar sistemática y desenfadadamente, en su jurisprudencia, la versión más estricta del juicio de igualdad a la hora de valorar cualquier tratamiento diferenciado a un extranjero por el hecho de serlo (excepto en lo relativo a determinados derechos políticos), siempre que dicho tratamiento esté vinculado a alguno de los derechos reconocidos por el Tratado¹⁷⁴. Además, el Tribunal de Estrasburgo también ha aplicado, en determinados supuestos, la versión estricta del juicio de igualdad a diferenciaciones basadas en el estatus migratorio¹⁷⁵.

En ocasiones, en concreto cuando se trata de asuntos que recaen en el llamado núcleo duro de la extranjería (entrada, residencia, expulsión), el Tribunal ha considerado que la condición de extranjero o de irregular puede operar como situación no análoga a la de nacional o residente, respectivamente, y que por consiguiente podría admitir un tratamiento jurídico diverso¹⁷⁶. Según el Tribunal,

incluido en el ámbito de protección a derechos, especialmente de carácter social, no expresamente contemplados en el Convenio, sino “derivados” (de los que sí lo están). La STEDH de 22 de diciembre de 2009, *Caso de Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina*, párr. 39, recoge una síntesis de esta evolución jurisprudencial.

¹⁷³ No queda claro si el Tribunal de Estrasburgo asimila “origen nacional” y “nacionalidad”, o bien otorga al origen nacional un sentido estricto y agrega en su jurisprudencia la categoría de “nacionalidad” a las expresamente contempladas en el 14 CEDH. El significado estricto de “origen nacional” se relaciona con “minoría nacional”, en el supuesto de la existencia de varias naciones dentro de un Estado o, como se establece en el *Manual de legislación europea contra la discriminación* (AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA-CONSEJO DE EUROPA, 2010) “puede considerarse que el «origen nacional» denota la nacionalidad anterior de una persona, que puede haber perdido, o adquirido mediante naturalización” (p. 111).

¹⁷⁴ En el asunto *Luczak contra Polonia*, de 27 de noviembre de 2007, el Tribunal declara lo siguiente: “The applicant complained of a difference in treatment on the basis of nationality, which falls within the non-exhaustive list of prohibited grounds of discrimination in Article 14”(párr. 46); “For the purposes of Article 14 a difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions is discriminatory if it has no objective and reasonable justification – in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised” (párr. 47); “The Court reiterates that very weighty reasons would have to be put forward by the respondent Government in order to justify a difference of treatment based, as in the present case, exclusively on the ground of nationality” (párr. 52).

¹⁷⁵ STEDH *Anakomba Yula c. Bélgica*, de 10 de marzo de 2009, en el que se negaba a la recurrente, por su situación irregular, acceder a la justicia para reclamar el reconocimiento de la paternidad de su hijo.

¹⁷⁶ La STEDH *Monstaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, resuelve el caso en el que un menor marroquí, que había residido en Bélgica desde que tenía dos años, impugnó la orden de expulsión con la que el Estado belga le había sancionado tras la comisión de una serie de delitos. Invocaba su derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), y a la no discriminación, en el disfrute de tal derecho, respecto a los jóvenes belgas, y respecto a otros extranjeros provenientes de países

constatada la no analogía en las situaciones de hecho, no procede continuar con los siguientes eslabones de razonabilidad y proporcionalidad. La bisagra para continuar con el juicio de igualdad en este ámbito será, pues, determinar si la extranjería o situación administrativa irregular son susceptibles de operar, en el caso concreto, como situaciones análogas a la nacionalidad.

Por tanto, el Tribunal Europeo ha sido capaz de justificar jurídicamente, mediante la aplicación del juicio de igualdad, las mismas diferencias de trato a extranjeros y/o irregulares que en nuestro ordenamiento interno, hasta ahora, se han realizado sin método argumentativo alguno, sólo respetando ciertos mínimos (contenido esencial e igualdad de trato respecto a los derechos indispensables para la garantía de la dignidad humana). La diferencia entre utilizar dicho método o no, se traduce esencialmente en términos de seguridad jurídica y efectividad de los derechos fundamentales¹⁷⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo en torno los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo Adicional nº 12¹⁷⁸, junto al artículo 26 PIDCP y su interpretación y aplicación por el Comité de Derechos Humanos¹⁷⁹, deben irradiar,

miembros de la Unión Europea, a quienes no se les podía expulsar por aquella causa. El TEDH, aplicando el principio de proporcionalidad, determinó que, si bien el objetivo que se perseguía con la medida de expulsión (salvaguarda del orden público) era legítimo, la lesión que producía en la vida privada y familiar del recurrente era desproporcionada. Con respecto a la discriminación, el Tribunal estimó, en primer lugar, que la situación de un joven belga no es análoga a un extranjero en lo que respecta a la posibilidad de ser expulsado. Asimismo, declara que el especial régimen legal al que los ciudadanos de la Unión están sometidos, constituye una justificación objetiva y razonable para el tratamiento jurídico diverso que reciben con respecto a otros extranjeros.

¹⁷⁷ Por ejemplo, en la STC 130/1995, citada más arriba, que resuelve un recurso de amparo en base al artículo 14 CE en relación con el artículo 41 CE, por la falta de reconocimiento de la prestación por desempleo a un marroquí, sobre la única base de su nacionalidad; el TC lo reconduce sólo al artículo 41 arguyendo que en relación al disfrute de los beneficios de la seguridad social, el legislador podía establecer diferencias entre españoles y extranjeros. Sin embargo, si se considerara a los extranjeros titulares del derecho a la igualdad, el Tribunal habría tenido que justificar la proporcionalidad de la diferencia de trato, o la no analogía de las situaciones comparadas en el concreto contexto del disfrute de los beneficios de la Seguridad Social.

¹⁷⁸ Las escasas ocasiones en las que el TEDH ha aplicado este precepto demuestran su voluntad de utilizar para su interpretación las mismas pautas y criterios utilizados para el artículo 14 del Convenio, pero con un ámbito de aplicación más amplio, no relacional. Ver: STEDH de 22 de diciembre de 2009, *Caso de Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina*, párr. 53-56. En este sentido, y dado que el Protocolo también incluye “origen nacional” como una de las causas de discriminación recogidas en la lista de su artículo primero, es previsible que el Tribunal siga aplicando, al amparo de dicho precepto, el mismo test rígido de igualdad que hasta ahora para determinar la legitimidad de las diferencias de trato en base a la nacionalidad.

¹⁷⁹ María DÍAZ CREGO aporta casos que demuestran que el Comité, como órgano encargado de la interpretación del Pacto, incluye la nacionalidad en la lista no cerrada de motivos de

vía artículo 10.2 CE, la interpretación constitucional del artículo 14 CE, en el sentido de consolidar la consideración de los extranjeros como titulares del derecho a la igualdad jurídica, o bien la inclusión de la nacionalidad entre las categorías sospechosas de discriminación¹⁸⁰, lo que requeriría un plus de justificación en las diferenciaciones que en base a la misma se realicen¹⁸¹.

Ignorar estos parámetros supone adentrarse en un limbo constitucional en el que el legislador puede recorrer a su antojo el margen existente entre una diferencia de trato peyorativa para los extranjeros que respete exclusivamente el contenido mínimo de los derechos fundamentales, hasta la regulación idéntica entre españoles y extranjeros; donde no existen filtros jurídico-constitucionales para restringir el contenido adicional-no esencial- de los derechos fundamentales de los extranjeros, un limbo en el que se olvida la lógica expansiva de los mismos emanada del principio *favor libertatis*, la internacionalización -y consiguiente universalización- de los derechos *humanos*, y la dignidad y libre desarrollo de la personalidad que fundamentan el orden político y la paz social (artículo 10.1 CE) ¹⁸². Un limbo que

discriminación que dicho artículo alberga. En “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad...*op.cit.* p. 128.

¹⁸⁰ *Ídem*, p. 125. De opinión contraria, defendiendo que el Derecho Internacional no impone verdaderos límites al legislador en este sentido, dada la falta de efecto directo de este tipo de disposiciones: ESTEVE GARCÍA, F.: “Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos”, *op.cit.*, p. 57.

¹⁸¹ En Estados Unidos, por ejemplo, los extranjeros no sólo son titulares del derecho a la igualdad jurídica, “sino que cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad es considerada especialmente “sospechosa” de inconstitucionalidad”, y da pie a un juicio agravado de igualdad. GIMÉNEZ GLÜCK, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, *op.cit.*, p. 38.

¹⁸² En esta línea: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad...*op.cit.* pp. 107-108. El autor evoca la idea, desarrollada por Avishai MARGALIT (*The decent society*, Harvard University Press, 1996), de una sociedad decente, que “es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas, entendiendo, en esencia, que, en su manifestación más extrema, la humillación es el hecho de tratar a los humanos como no humanos [...] Para Avishai MARGALIT, una sociedad decente no lesiona el honor cívico de sus miembros y, por consiguiente, en ella no existen ciudadanos de segunda clase”. El autor aclara que con dicha evocación no pretende decir que diferenciar entre españoles y extranjeros sea una práctica indecente, sino que le parecería “más acertado partir de una situación jurídica en la que constitucionalmente todos los hombres son iguales, dejando que sean el legislador o los jueces quienes, si fuese necesario, tuviesen que determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones la nacionalidad puede operar como un elemento lícito de diferenciación, que adoptar, como obligado criterio estructural, un tratamiento jurídico desigual en razón de la nacionalidad”. En este sentido, considera “más decente decidir en qué casos la nacionalidad es o no causa de discriminación que definir y elaborar-teórica o normativamente- una lista de derechos constitucionales para los no nacionales, evidenciando a golpe de artículo, su inferioridad civil en nuestra sociedad”; Pedro CRUZ VILLALÓN, que defiende que “la propia interpretación sistemática de la Constitución impondría la equiparación de trato entre nacionales y extranjeros siempre que la discriminación, que no tendría que ser sometida a un escrutinio estricto, sí careciera manifiestamente de fundamento objetivo y razonable”, en “Dos

ignora, en definitiva, la desnaturalización de los derechos fundamentales que supone cambiar la lógica constitucional de su tratamiento en función de quién sea el titular de los mismos, como si el titular cambiara la naturaleza misma del derecho fundamental.

No puede concluirse este epígrafe sin mencionar el reforzamiento de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad acontecido en el ámbito de la UE respecto a sus propios ciudadanos. Si bien la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley (artículo 20), a continuación, al regular el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad, circunscribe su ámbito al de la aplicación de los Tratados (artículo 21.2). Sin embargo, el reconocimiento textual del derecho es más amplio que la interpretación que el Tribunal de Justicia ha hecho del mismo, que lo ha limitado, no sólo al ámbito de aplicación de los tratados, sino también a los ciudadanos de la Unión Europea, y en el marco de la libertad de circulación de personas¹⁸³.

2.3.5. A modo de conclusión.

A pesar de las imperfecciones e inconsistencias de los criterios utilizados en la jurisprudencia constitucional para abordar el problema del estatuto constitucional del extranjero, dichos criterios poseen el mérito de invertir la lógica diferenciadora de la literalidad del artículo 13 CE hacia un discurso más igualitario, apegado a la dignidad humana, al respeto del contenido esencial de los derechos, y a la lógica universalista de los Tratados Internacionales en la materia¹⁸⁴. La lógica expansiva exige una lógica igualitaria, y viceversa¹⁸⁵. Pero todavía no se ha concluido la andadura de la normalización constitucional del extranjero, es decir, del

cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, nº 35, mayo-agosto 1992, pp. 63-83, p. 73.

¹⁸³ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA-CONSEJO DE EUROPA: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, *op.cit.*, p. 60.

¹⁸⁴ Sobre la inercia expansiva del principio de igualdad y no discriminación en el Derecho de la Unión Europea: ESTEVE GARCÍA, F.: “Las cláusulas generales antidiscriminatorias...” *op.cit.*, pp. 52-53.

¹⁸⁵ A esta misma lógica responde el artículo 3 de la Ley de Extranjería: “[...] Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

reconocimiento de su derecho a la igualdad ante la ley, y del sometimiento de cualquier condicionamiento adicional que se interponga en su ejercicio iusfundamental, al tamiz de la proporcionalidad. Si aquélla se concluyera, el alto Tribunal podría ya concentrar su trabajo en definir criterios o circunstancias en base a las cuáles la extranjería puede operar como situación no análoga a la nacionalidad¹⁸⁶, además de “las reglas o sub-reglas jurídicas acerca de las finalidades legítimas que puedan servir de causa a ciertas restricciones, así como acerca de las relaciones entre ciertos bienes jurídicos protegidos constitucionalmente y determinados derechos de los extranjeros en casos típicos de aparente colisión”¹⁸⁷.

La inseguridad derivada de la falta de certeza del razonamiento del Tribunal Constitucional respecto al estatuto constitucional del extranjero, se traslada a la figura del menor inmigrante. No obstante, dicha inestabilidad, que afecta a uno de las condiciones definitorias de tal colectivo, su condición de inmigrante, se incrementa de modo exponencial con la triple intersección de dicha condición con la de menor y situación de desamparo. Paradójicamente, dicha inseguridad exponencial afecta a uno de los sectores más vulnerables dentro de los inmigrantes, cual es el de los menores no acompañados. Es imprescindible, en este sentido, robustecer los cimientos de su estatuto constitucional para corregir la falta de coherencia que a veces se encuentra, como se verá, en la legislación que les atañe. La normalización constitucional del extranjero, junto a la del menor, se erigen como el primer paso a seguir para lograr tal fortalecimiento.

Resta, para concluir este apartado, responder a la pregunta con la que se inició: ¿en qué aspectos puede afectar la condición de inmigrante del menor no

¹⁸⁶ El Tribunal Europeo, por su parte, ya ha comenzado a trabajar en dichos criterios. Un ejemplo de ello se encuentra en el asunto *Luczak contra Polonia*, de 27 de noviembre de 2007, referido más arriba, en el que el Tribunal debía valorar si la negación a un granjero francés residente en Polonia de ingresar en el régimen específico de seguridad social creado para los granjeros polacos, sobre la única base de no poseer dicha nacionalidad, lesionaba el artículo 14 del Convenio, en relación al artículo 1 del Protocolo 1. Para determinar si en ese caso la extranjería podía operar como situación no análoga a la nacionalidad, el Tribunal valoró cuestiones como los años de residencia en Polonia del recurrente, o el hecho de que éste hubiera contribuido con anterioridad a los fondos públicos de la seguridad social polaca por haber participado durante años en el régimen general de la seguridad social de dicho país como trabajador por cuenta ajena (contribuyendo, por tanto, a engrosar las arcas de seguridad social destinadas específicamente a los granjeros, por considerarlos un sector económicamente vulnerable).

¹⁸⁷ VIANA GARCÉS, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la STC 236/2007, *op.cit.*, p. 371.

acompañado respecto a la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales? Considerando sólo el estatuto constitucional del extranjero, que se acaba de analizar, se concluiría que, respecto a la titularidad de derechos, los menores no acompañados se verían privados de los derechos del 23 CE; y respecto al ejercicio, se podrían establecer condicionamientos proporcionales en base a otros intereses en juego, como la gestión de flujos migratorios, sobre todo en derechos como los recogidos en el artículo 19 y el 35 CE.

No obstante, en esta conclusión no se ha tenido en cuenta el efecto del mandato constitucional de protección especial del menor - al que se aludió más arriba como límite extrínseco al ejercicio iusfundamental de éste - en la ecuación que conforma el estatuto constitucional del menor no acompañado. Se analizará a continuación.

3. Segundo pilar: La protección constitucional del menor extranjero. Artículos 9.2 y 39 CE.

3.1. Introducción.

En este apartado se analizará el mandato de protección específica al menor inmigrante que se desprende de la Constitución. Un mandato que tiene su origen mediato en el 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a hacer de la igualdad algo real, no sólo formal, y que funciona como complemento del artículo 14 CE, iluminando su interpretación. El origen inmediato del mandato se encuentra en el principio rector del artículo 39 CE. En este apartado se analizará la forma concreta en que dichos preceptos vinculan a los poderes públicos.

Ambas normas son relevantes para el tratamiento del menor no acompañado, desde el momento en que éste, además de ser menor (y por tanto, destinatario natural del artículo 39 CE), se halla en una situación de vulnerabilidad agravada, provocada por la confluencia de aquella circunstancia (la minoría de edad), con la situación migratoria y de desamparo. La vulnerabilidad agravada no deja de ser relevante para el Derecho (artículo 9.2), ya que puede constituir una situación “no análoga” a la del resto de inmigrantes, o bien a la del resto de menores, respecto a

determinadas regulaciones, a la que se puede vincular un tratamiento jurídico diverso, que en este caso consistirá en una protección especial- por específica y/o más intensa- por parte del Estado.

La **condición de inmigrante** actúa en la figura del menor no acompañado con fuerzas jurídicas opuestas: por una parte, constituye una situación jurídica diferenciada de la de los nacionales respecto a la regulación de determinados aspectos (entrada y residencia en territorio estatal, por ejemplo) o, visto desde otra perspectiva, introduce en el tablero determinados intereses, como el de la gestión ordenada de flujos migratorios, que podrían fungir de finalidad legítima, en el marco del principio de proporcionalidad, para restringir derechos. Pero por otra parte, su intersección con las condiciones de minoría de edad y desamparo, provoca una situación de vulnerabilidad agravada que también resultará significativa jurídicamente frente al mandato de igualdad material, por acreedora de una protección especial. En este apartado se tratará de dilucidar el modo de resolver esta tensión.

Se parte de que, conforme a la tesis de la normalización constitucional del extranjero, éste es titular del derecho a la igualdad jurídica y la no discriminación del artículo 14 CE. Esto no implica la proscripción de cualquier diferencia de trato, sino sólo de aquéllas que no superen el juicio de igualdad.

En este apartado se procederá a justificar la protección especial de la que, en el contexto de un Estado social, es merecedor el menor inmigrante no acompañado, dada su condición de menor, y la situación de vulnerabilidad agravada en que se encuentra. Para ello se atenderá, en primer lugar, a la vulnerabilidad como hecho jurídicamente relevante en el contexto de un Estado social, y a la protección especial -en términos de compensación y especificación- que esa relevancia conlleva, poniendo dichos conceptos en relación con la concreta situación del menor inmigrante no acompañado. Vayamos por partes.

3.2. La vulnerabilidad en el contexto del Estado social.

3.2.1. La concepción constitucionalmente relevante de “vulnerabilidad”.

¿Qué se entiende por “vulnerabilidad”? ¿Qué implicaciones deriva el Derecho de tal concepto? Se trata de un concepto de geometría variable y notable flexibilidad semántica: adquiere connotaciones diversas dependiendo del contexto en el que se emplee¹⁸⁸. No obstante, es posible identificar un núcleo semántico inmutable e inteligible atendiendo a la etimología del vocablo-*vulnus*: herida en latín-, cual es la posibilidad de ser herido o recibir lesión, física o moralmente¹⁸⁹. Lo que en este punto se pretende es especular sobre la posibilidad de considerar la vulnerabilidad como un hecho o supuesto jurídicamente relevante, con el objetivo de facilitar el tratamiento jurídico de aquéllos que en tal situación se encuentren.

En el ámbito de las ciencias sociales, la vulnerabilidad ha sido abordada desde diversos ángulos. Hay quien ha distinguido entre vulnerabilidad antropológica y social¹⁹⁰. La primera se referiría a la condición física y espiritual de fragilidad intrínseca al ser humano, que responde a la inseguridad y contingencia de la propia vida¹⁹¹. Tal fragilidad congénita, presente en todo ser humano, constituye uno de los presupuestos intrínsecos de la existencia del Derecho, en general, y de los derechos fundamentales, en particular: la persona, por su fragilidad, puede ver lacerada su dignidad, por lo que requiere de protección jurídica. No obstante, este tipo de vulnerabilidad, por ser común a todo ser humano, si bien se sobrentiende por el Derecho, no es jurídicamente significativa¹⁹².

¹⁸⁸ Para comprobarlo, basta un vistazo a la definición del término recogida en *Wikipedia*, que alude a las distintas acepciones del mismo, en función del campo en el que se utilice. Así, por ejemplo, en el campo de los desastres naturales, la vulnerabilidad será la “susceptibilidad de los sistemas naturales, económicos y sociales al impacto de un peligro de origen natural o inducido por el hombre”. En el campo de la informática, las vulnerabilidades son “puntos débiles del software que permiten que un atacante comprometa la integridad, disponibilidad o confidencialidad del mismo”.

¹⁸⁹ Esta es la definición de la *Real Academia de la Lengua*.

¹⁹⁰ FEITO, L. “Vulnerabilidad”, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2007, vol. 30, suplemento 3, pp. 7- 22.

¹⁹¹ En este sentido: TURNER, B.S.: *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2006, p. 26. La autora se refiere a las instituciones (sociales, legales, etc.) que las sociedades crean para reducir la vulnerabilidad ontológica del ser humano, afirmando que la imperfección, inadecuación y precariedad de las mismas contribuye a incrementar la vulnerabilidad. Según ella, la precariedad institucional se debe, en parte, a la “paradoja hobessiana”: la sociedad necesita un Estado fuerte que la proteja, pero en ocasiones es la misma fuerza del Estado la causa de violaciones o descuidos en materia de derechos humanos.

¹⁹² Como recuerda Fernando MARINÑO, “la vulnerabilidad es condición de vida de toda persona porque cualquiera puede “recibir lesión, física o moralmente”, y porque la muerte es el destino inevitable de cada uno”. Por ello, lo jurídicamente significativo, para el autor, son las por él denominadas situaciones “de especial vulnerabilidad”. En “Introducción: aproximación a la noción

Por otra parte, la vulnerabilidad social se ha definido, de forma bastante laxa, como la mayor susceptibilidad de algunos colectivos frente a situaciones de riesgo en la sociedad, generada por la concurrencia de determinadas condiciones sociales y económicas que les sitúan en posición de desventaja, en determinados aspectos, frente al resto de la población¹⁹³. El ejemplo típico sería la población que vive bajo el umbral de la pobreza, pues ello conlleva habitualmente una mayor susceptibilidad frente a amenazas de calado socio-económico (crisis financieras, explotación laboral), medio-ambiental (desastres naturales), sanitario (enfermedades físicas y mentales), y un largo etcétera.

En el presente trabajo se empleará un concepto de “vulnerabilidad” dotado de significación constitucional. En este sentido, aquéllos supuestos de hecho en los que concurra, serán relevantes, en un Estado social, para el Derecho Constitucional, de manera que a ellos se vincularán determinadas consecuencias jurídicas. Específicamente, se considerará que un sujeto se halla en situación de vulnerabilidad, cuando padezca de una imposibilidad o dificultad agravada para el ejercicio de los derechos fundamentales, que genere vínculos de dependencia, y una mayor susceptibilidad frente a la lesión iusfundamental o la discriminación¹⁹⁴.

Volviendo a la teoría de ALEXY, en virtud de la cual las normas de derechos fundamentales son principios y, por tanto, mandatos de optimización, destinados a

de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C.: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 19-26, p. 21.

¹⁹³ URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, L.: “La protección jurídica de las personas vulnerables”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 27, 2007, pp. 205-229; BUSTELO, E. (Coord.): *Políticas de ajuste y grupos más vulnerables en América Latina*, UNICEF-FCE, Bogotá, 1986; AYALA ESPINO, J.: *Instituciones para mejorar el desarrollo*, FCE, México, 2003. El concepto de “vulnerabilidad social” ha sido empleado también en el contexto de la acción social, por parte de determinadas asociaciones. CRUZ ROJA ESPAÑOLA, por ejemplo, ha elaborado un “Indicador de Vulnerabilidad Social”, que atiende a la situación de las personas en cinco ámbitos distintos: personal, familiar, económico, social, ambiental/de vivienda. En: *Boletín sobre la Vulnerabilidad Social*, nº 5, abril, 2012.

¹⁹⁴ En un sentido análogo o parecido, Fernando MARIÑO propone el concepto de “vulnerabilidad especial”, aludiendo “al hecho de que ciertos colectivos de personas, incluyendo las que integran ciertos *grupos humanos diferenciados*, encuentran, por regla general en todas las sociedades y ciertamente en muchas sociedades, obstáculos sociales y jurídicos, graves y específicos, que les impiden alcanzar y ostentar un ámbito de titularidad de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalentes a los que poseen los “ciudadanos normales” y que, en cualquier caso, sean los adecuados a lo que exige el respeto a la *dignidad propia de una persona en su situación*”. En “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, *op.cit.*, p. 21.

aplicarse con la mayor amplitud que las posibilidades fácticas y jurídicas permitan¹⁹⁵, en una situación de vulnerabilidad concurriría una merma continuada en las posibilidades fácticas y/o jurídicas de aplicación de los derechos-principios, que conllevaría dependencia y desprotección.

Se encontrarían en situación de vulnerabilidad, por ejemplo, los niños (sobre todo los desamparados), los presos, los discapacitados, los inmigrantes irregulares, las personas en situación de extrema pobreza, los enfermos de gravedad, los ancianos que no se valen por sí mismos, etc.

Los supuestos de vulnerabilidad responden a determinadas condiciones de carácter personal (físicas o psíquicas), social (pertenencia circunstancial o permanente a determinados colectivos), económico, jurídico-administrativo, o bien, como la mayoría de las veces ocurre, por la concurrencia de varias de ellas (menor e inmigrante, trabajadora inmigrante embarazada, por ejemplo). La mayoría de las veces la vulnerabilidad responde a razones de hecho (personas que teniendo legalmente reconocido un derecho, ven impedido o dificultado su pleno disfrute, debido a la concurrencia de circunstancias fácticas), lo que no excluye la existencia de razones de Derecho que confluyen con aquéllas incrementando su efecto, es decir, puede que la propia ley directamente, o bien una resolución judicial, prohíba o restrinja el ejercicio de ciertos derechos a determinadas personas, o exija para dicho ejercicio ciertos requisitos de los que algunas personas carecen, como un permiso de residencia¹⁹⁶, conduciéndolas así a situaciones de vulnerabilidad.

La vulnerabilidad entraña relaciones de **dependencia**, que se caracterizan por la necesidad de intervención de un tercero, ya sea un particular o un ente público o privado, que palie el déficit de autonomía que la vulnerabilidad conlleva, bien ejerciendo los derechos en nombre o a favor del vulnerable (*heteroejercicio*), cuando sea posible, bien asistiendo a éste en el ejercicio de los mismos, o bien compensando de diversas formas la mencionada dificultad. Esta suerte de

¹⁹⁵ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales...* op.cit., p. 68.

¹⁹⁶ Un ejemplo serían los preceptos de la Ley de Extranjería vigentes hasta su reforma en el 2009 (consecuencia de que el Tribunal Constitucional los declaró inconstitucionales en el 2007), en virtud de los cuales, los extranjeros irregulares eran titulares de los derechos a la huelga, asociación, y educación no obligatoria, pero carecían de derecho para ejercerlo hasta que no obtuvieran su permiso de residencia. En dicha situación de prohibición de ejercicio iusfundamental (en este caso, en virtud de resolución judicial) se encuentran los presos condenados a privación o suspensión del derecho de sufragio, por ejemplo.

alienación que supone la intervención de un tercero para el disfrute de derechos, y la consiguiente subyugación del vulnerable a la voluntad/capacidad de aquél, retroalimentan de forma circular la desprotección o posibilidad de lesión iusfundamental¹⁹⁷.

Y por último, la dificultad de ejercicio de derechos fundamentales supone una situación, por tanto, especialmente expuesta a la lesión de los mismos, incluida la **discriminación**, de la cual, podría considerarse una antesala la vulnerabilidad.

La vulnerabilidad jurídicamente significativa, está sometida a una gran dosis de relatividad espacio-temporal, socio-cultural y económica¹⁹⁸. Por ejemplo, una discapacidad en un miembro de una familia adinerada de un país desarrollado del año 2013 supondrá, previsiblemente, menos dificultad en el ejercicio de derechos fundamentales, que la misma discapacidad en una persona de familia pobre de un país subdesarrollado de los años 60¹⁹⁹.

Incluso sería posible incluso **graduar** la vulnerabilidad, pues ésta puede presentarse de forma más o menos intensa, siempre a partir de un mínimo (considerable) de severidad exigible para considerar que aquélla existe.

Por otra parte, puede distinguirse entre **situaciones individuales o colectivas** de vulnerabilidad. Las primeras se presentan, como la propia palabra indica, en personas individualmente consideradas, y habrán de determinarse caso por caso, atendiendo a la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos mencionados de la vulnerabilidad (imposibilidad o dificultad agravada de ejercicio

¹⁹⁷ Según Jordi COTS, la verdadera vulnerabilidad del menor, más que una inmadurez física y mental, es que “tiene que ejercer los derechos por medio de los demás, de otros, y esos otros a veces no saben, o no pueden, o no quieren satisfacerlos. Sus derechos son “indirectos y condicionales”. En “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, A. (Ed): *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Bosh, Barcelona, 1999, pp. 33-41, p. 36.

¹⁹⁸ Como expresa Encarna CARMONA, “[e]s difícil definir de forma exhaustiva cuáles son estas categorías de personas especialmente vulnerables puesto que, dependiendo de las circunstancias de cada país o momento histórico concreto, esas categorías serán distintas”. En “La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el Derecho español”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº9, 2011, pp. 103-124, p. 103.

¹⁹⁹ Según el Tribunal Supremo de Canadá “la determinación de lo que constituye una “discapacidad” debe basarse, sobre todo, en si la persona ha experimentado “barreras sociales”, y no tanto en sus condiciones o limitaciones físicas”. Esta postura es reproducida en el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, de 9 de octubre de 2001, titulado “Un enfoque interseccional de la discriminación. Tratando múltiples rasgos en las demandas de derechos humanos”, citado en REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, septiembre-diciembre 2008, pp. 251-283, p. 260.

iusfundamental, que genere relaciones de dependencia y una mayor desprotección frente a la vulneración de derechos fundamentales y/ o discriminación). Por el contrario, las situaciones de vulnerabilidad colectiva, menos rigurosas jurídicamente hablando, se presentan en grupos de personas que poseen un rasgo en común que, si bien está socialmente asociado a la desventaja y desprotección, y en abstracto es susceptible de generar vulnerabilidad, en concreto no necesariamente la genera²⁰⁰. Sería el caso, por ejemplo, del colectivo de mujeres gitanas.

La vulnerabilidad se puede presentar de forma **generalizada**, cuando la condición (o condiciones) que la provoca limita el ejercicio iusfundamental en términos generales, es decir, dificulta el ejercicio de todos o la mayoría de los derechos fundamentales (es el caso, por ejemplo, de niños muy pequeños, personas con severas discapacidades físicas o mentales, ancianos que no se valen por sí mismos, inmigrantes irregulares, etc.), o **sectorial**, cuando la dificultad agravada de ejercicio afecta a uno o varios derechos fundamentales concretos (caso de la trabajadora embarazada con respecto al derecho al trabajo, por ejemplo).

Asimismo, la vulnerabilidad se puede presentar de manera **estructural y permanente**, como son, por ejemplo, los casos graves de discapacidad, o bien de manera **transitoria**, como es, y sobre todo, ha sido, la condición de mujer en determinados contextos, como el político.

Por último, como se anticipaba, la vulnerabilidad a menudo es consecuencia de la intersección de varios factores, cuya interacción tendrá un efecto exponencial y único, cualitativamente diferente al de la suma o adición de los mismos²⁰¹.

²⁰⁰ Esta distinción se inspira en la diferencia apuntada por GIMENEZ GLÜCK (*Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, *op.cit.*, p. 313), en el marco de las normas tendentes a la consecución de la igualdad material, entre medidas de igualación positiva, que son aquéllas que, “basadas en un rasgo objetivo e indubitado de inferioridad social [...], diferencian entre individuos socialmente perjudicados y favorecidos y tiene como objeto invertir la desigualdad material de los primeros”, y “acciones positivas”, “que diferencian entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos, y tiene como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos”. Sin perjuicio de que “desigualdad material” y “vulnerabilidad” no son conceptos equivalentes, siendo el segundo más específico que el primero (pues no toda situación de desigualdad social conlleva vulnerabilidad), la lógica de fondo de la diferenciación de GLÜCK y la que aquí se señala, es la misma.

²⁰¹ Fernando REY reproduce la definición de “interseccionalidad” recogida en el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, de 9 de octubre de 2001, en virtud de la cual aquélla no es otra cosa que la “opresión que deriva de la combinación de varios factores que, juntos, producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo”, en “La discriminación múltiple...*op.cit.*, p. 260.

La denominada “interseccionalidad” (traducción literal, inexistente en castellano, del término anglosajón *intersectionality*) o “discriminación múltiple” (denominación más común en el contexto de la UE), se ha abordado doctrinalmente desde la perspectiva de la discriminación²⁰². El concepto tiene su génesis doctrinal en los trabajos de algunas autoras feministas afroamericanas en Estados Unidos, durante los años ochenta²⁰³, en los que se defiende que la interacción entre el género y la raza produce resultados de discriminación peculiares, diferentes a la suma de los que ambos factores producen por separado. La categoría ha cristalizado en el Derecho Internacional²⁰⁴, en el de la Unión Europea²⁰⁵, especialmente en el ámbito de la intersección entre género y raza²⁰⁶ y, en el Derecho antidiscriminatorio doméstico²⁰⁷.

²⁰² *Idem*; GIMÉNEZ GLÜCK, D.: “La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión”, en *Revista española de Derecho europeo*, nº45, 2013, pp. 113- 136; FREDMAN, S.: “Positive rights and positive duties: addressing intersectionality” en SCHIEK, D. and CHEGE, V.: *European Union Non-discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Routledge-Cavendish, Oxon, 2009; SCHIEK, D. y LAWSON, A. (Ed.): *European Union non-discrimination Law and Intersectionality. Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Ashgate, Surrey (England), 2011.

²⁰³ REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple...*op.cit.*, p. 255. El autor se refiere especialmente al trabajo de Kimberlé CRENSHAW titulado *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critic of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics* (University of Chicago Legal Forum, 1989, pp. 67-139)

²⁰⁴ Desde su inclusión en la Declaración de Durban, fruto de una Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrada en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

²⁰⁵ Sin perjuicio de que la expresión “discriminaciones múltiples” ya había sido mencionada en los considerandos iniciales de la Directiva 2000/43/CE del CONSEJO, de 29 de junio del 2000, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*, el primer desarrollo del concepto se plasmó en la *Estrategia marco contra la discriminación y por la Igualdad de Oportunidades para todos*, de 1 de junio de 2005. La repercusión del concepto en la arena comunitaria se refleja, asimismo, en el importante Informe de 2007 del Instituto danés de Derechos Humanos para la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, titulado “Abordando la Discriminación múltiple. Prácticas, políticas y normas”. En REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple...*op.cit.*, pp. 253-255.

²⁰⁶ SCHIEK, D. y MULDER, J.: “Intersectionality in EU Law: A critical re-appraisal”, en SCHIEK, D. y LAWSON, A. (Ed.): *European Union non-discrimination Law and Intersectionality...op.cit.*, pp. 259-273.

²⁰⁷ Artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2007, de 2 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*: “[...] los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán: [...] c. Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención”.

En su análisis de la categoría, el profesor REY MARTÍNEZ identifica dos posibles funciones o ámbitos de aplicación de la misma, a saber; como criterio de interpretación jurídica, y como principio de política social²⁰⁸.

Pues bien, el presente trabajo pretende deslindar la *interseccionalidad* o discriminación múltiple en sentido estricto, que se presenta una vez cometida la presunta discriminación y alcanza su máxima virtualidad en el ámbito estrictamente jurisdiccional, como criterio de interpretación jurídica²⁰⁹; de un fenómeno distinto, que es el de la *interseccionalidad* en supuestos de vulnerabilidad. En este último se encontrarían aquellas personas que, a pesar de ser especialmente propensas a la discriminación múltiple, todavía no la han sufrido efectivamente, o al menos ello no se ha constatado, por lo que el fenómeno en cuestión se produce fuera de la órbita procesal, al margen de la misma. Por tanto, esta segunda dimensión de la *interseccionalidad*, a la que nos referiremos con el apelativo de “vulnerabilidad agravada o múltiple”, posee virtualidad, sobre todo, en el segundo de los ámbitos de aplicación del concepto identificados por Fernando REY, es decir, el de las políticas públicas. Y es que la protección específica o reforzada -mediante políticas sociales- será la consecuencia jurídica vinculada a la situación de vulnerabilidad, máxime cuando ésta sea agravada o múltiple²¹⁰.

En este sentido, REY destaca que la identificación de minorías “invisibles” y discriminaciones en gran medida “ocultas”, entraña un incremento de efectividad en la lucha contra la discriminación²¹¹, y lo mismo ocurriría en términos de

²⁰⁸ REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple... *op.cit.*, p. 268 y ss.

²⁰⁹ Es ésta la *intersectionality* reivindicada en Estados Unidos y Canadá, estrictamente ligada al control jurisdiccional de la discriminación. En concreto, con esta categoría se pretendía que se reconociera la facultad procesal de incluir varias causas (género y raza) en las demandas por discriminación laboral, de manera que se posibilitara una consideración judicial conjunta de aquellas *Idem.*, pp. 257-274. El autor expone como, tanto en Estados Unidos como en Canadá, ha habido hasta el momento un tímido reconocimiento judicial de esta posibilidad.

²¹⁰ Un reflejo de esta teoría, desde la perspectiva de género, sería el objetivo 32 de la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Beijing, 1995, que consiste en: “32. Intensify efforts to ensure equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms for all women and girls who face multiple barriers to their empowerment and advancement because of such factors as their race, age, language, ethnicity, culture, religion, or disability, or because they are indigenous people”. No obstante, el citado Informe del Instituto Danés a la Comisión sobre discriminación múltiple destaca que, si bien la doctrina coincide en la necesidad de buscar soluciones para luchar contra este tipo de discriminación (múltiple), escasean ideas sobre ejemplos concretos de tales soluciones. Instituto Danés de Derechos Humanos: *Tackling Multiple Discrimination...op.cit.*, p. 21.

²¹¹ *Idem*, p. 272.

vulnerabilidad. Y es que, por más que se han puesto de relieve los riesgos que la categoría de *interseccionalidad* entraña, como la jerarquización de los grupos vulnerables²¹², la estigmatización de los miembros que los integran, por considerarlos “víctimas presuntas”, o la dificultad de derivar de él una aplicación práctica concreta, dada su complejidad²¹³, parece razonable que la categoría de la vulnerabilidad múltiple coadyuva a la detección de grupos requeridos de protección pública, que quizá con anterioridad habían permanecido camuflados en otros grupos minoritarios a los que uno de los factores de vulnerabilidad que presentan les adscribiría, eclipsando la interacción con los otros factores y eludiendo así la protección específica o reforzada.

3.2.2. La vulnerabilidad agravada de los menores no acompañados.

Pues bien, en virtud de lo dicho, parece claro que los menores no acompañados se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada o múltiple, resultante de la intersección de la minoría de edad con el desamparo y la condición de inmigrante. La situación de un menor- que carece de plena capacidad de obrar iusfundamental-, sin respaldo de un adulto responsable, y que además es inmigrante, es decir, llega a España en situación de pobreza, desconociendo el idioma, las costumbres, etc., constituye un cuadro único y peculiar de vulnerabilidad, producto de la sinergia de estos rasgos. Un cuadro que incluye problemas de integración, que entrañan una mayor dificultad para acceder al mercado laboral, máxime en un contexto de crisis económica, así como para desarrollar estudios o formación. La falta de oportunidades, unida a la

²¹² *Idem*, p. 271. El autor se refiere también a lo defendido en esta línea por el Informe para la Comisión Europea realizado por el Instituto Danés de Derechos Humanos que lleva por título *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and Laws*, 2007, p. 19. En la misma línea: SCHIEK, D. y LAWSON, A. (Ed.): *European Union non-discrimination Law and Intersectionality. Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, op.cit., p.2.

²¹³ SCHIEK, D. y LAWSON, A. (Ed.): *European Union non-discrimination Law and Intersectionality. Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, op.cit., p. 2. Esta obra, que se centra en lo que denomina situaciones desventajosas por la intersección de género, raza y discapacidad, reproduce también las críticas formuladas a la categoría de *intersectionality* desde postulados feministas, en el sentido de que entraña el peligro de que las reivindicaciones de igualdad de género queden sumergidas entre otras.

incertidumbre sobre el futuro derivada de la precariedad residencial, y a la inestabilidad personal propia de la adolescencia, conllevan frecuentemente el recurso a prácticas ilegales (tráfico y/o consumo de drogas, por ejemplo), que abocan al colectivo a la marginalidad social. Esto incide también en la imagen que del mismo se ha forjado la opinión pública, que retroalimenta su vulnerabilidad.

Como colectivo vulnerable, se enfrenta a una dificultad para ejercer un buen número de derechos fundamentales. Dificultad que no sólo proviene de la ausencia de capacidad de obrar iusfundamental plena que presenta como menor²¹⁴, sino de la inexistencia de una representación independiente efectiva, que palie aquélla ausencia. La carencia de referentes familiares, y el consecuente sometimiento a la tutela de una Administración, con la que fácilmente pueden surgir conflictos de intereses, genera situaciones de desprotección. Es decir, la dependencia del menor no acompañado de la entidad pública de protección, en algunos casos retroalimenta su vulnerabilidad. Esta situación se agrava con la falta de asesoramiento jurídico gratuito para las causas relacionadas con su itinerario administrativo como menores inmigrantes (determinación de la edad, documentación, repatriación, etc.).

Pero, ¿qué concretos derechos fundamentales se ven afectados por la vulnerabilidad? ¿Es ésta de carácter sectorial o generalizado? Los menores no acompañados conviven con una intensa incertidumbre respecto a su futuro. Sobre ellos pende la espada de Damocles de la repatriación, que se puede producir en cualquier momento de su minoría de edad. Por otra parte, los retrasos e incumplimientos sistemáticos de la Administración en materia de concesión de autorizaciones de residencia, y la falta de criterios claros que rijan dicha concesión, incrementan exponencialmente la inseguridad jurídica. Ello es incompatible con el planteamiento de sus proyectos de vida, y, en general, con el **libre desarrollo de la personalidad**, piedra angular del ejercicio de todos los derechos fundamentales (artículo 10 CE). Como ha explicado Ruth RUBIO MARÍN con respecto a los inmigrantes en general, no sólo los menores, “la precariedad residencial tiene a

²¹⁴ “Children, given their unique vulnerabilities, less developed cognitive capacities, limited exposure to legal institutions, and likely fear from adults and authority figures, are even more susceptible...”. En DEVON A. CORNEAL: “On the way to grandmother’s house: is U.S Immigration policy more dangerous than the big bad wolf for unaccompanied juvenile aliens?”, en *Penn State Law Review*, vol. 109 (2004-2005), pp. 609-656, p. 630.

menudo un efecto inhibitorio sobre el disfrute de otros derechos de índole social o política para los que en principio, pueda el extranjero estar legitimado”²¹⁵.

Por tanto, la incerteza jurídica pervierte el ejercicio de derechos fundamentales en general (entre ellos, derecho a la educación, al trabajo), lo que se suma a las dificultades derivadas de su posible inmadurez o falta de desarrollo evolutivo, del desconocimiento del idioma y del ordenamiento español, o del desamparo inicial y la desprotección subsiguiente. Todo ello convierte en extraordinariamente arduo el ejercicio efectivo de la generalidad de los derechos. Por tanto, los menores no acompañados se encuentran en una situación de vulnerabilidad generalizada, sin perjuicio de las concretas situaciones de vulnerabilidad específica que padecen paralelamente, que se irán mencionando a lo largo de este trabajo.

Además, la inseguridad jurídica dificulta la concreta aplicación del interés superior del menor en el caso concreto. Y ello porque es muy difícil determinar qué es lo más conveniente para el menor sin conocer las opciones reales de futuro. Para un menor que sabe que va a ser repatriado, o que existe un alto grado de posibilidad de que ello suceda, trabajar puede constituir la mejor opción. Por el contrario, un menor que es consciente de que cuenta con posibilidades reales de permanecer legalmente en España al alcanzar la mayoría de edad, bien puede considerar que la mejor opción es obtener una formación adecuada para poseer más posibilidades de éxito en su futura incorporación al mercado laboral.

Una vez aclarada la concepción constitucionalmente significativa de vulnerabilidad, y constatada la condición de vulnerables de los menores no acompañados, la pregunta pertinente es: ¿para qué sirve la vulnerabilidad en el Derecho? Solventada esta cuestión, se procederán a abordar las implicaciones concretas que el Derecho vincula a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se hallan los menores extranjeros no acompañados.

3.3. La respuesta del Estado social frente a situaciones de vulnerabilidad:

3.3.1. Igualdad material como mandato constitucional. La especificación.

²¹⁵ “La inclusión del inmigrante. Un reto para las democracias constitucionales”, *op.cit.* p. 24.

i. Aspectos generales.

a. Igualdad material como fin.

¿Cuáles son las obligaciones del Estado social y democrático de Derecho frente a los supuestos de vulnerabilidad? Al igual que la vulnerabilidad antropológica ha sido identificada más arriba como uno de los presupuestos de la existencia del Derecho, la vulnerabilidad en su concepción jurídica, así como en la social, constituyen presupuestos del Estado social. No obstante, tal y como se verá a continuación, la vulnerabilidad en sentido jurídico posee un engarce más directo que la vulnerabilidad social con los postulados constitucionales del Estado social, y por tanto, la constatación de la existencia de aquella, obligará de forma más automática y diáfana, a los poderes públicos, a actuar paliativamente.

El artículo 9.2 de la Constitución²¹⁶, piedra angular del Estado social español, alberga un compromiso de eficacia, un mandato al Estado de búsqueda activa de necesidades y desigualdades reales, y de promoción de políticas y medidas tendentes a minimizar tales diferencias²¹⁷. En este sentido, según la doctrina, el fomento e impulso del **ejercicio de los derechos fundamentales** se convierte, en virtud de

²¹⁶ Artículo 9.2: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a este artículo: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Artículo 9.2”, en VVAA: *Comentario a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 139-147.

²¹⁷ Sonia GARCÍA reproduce la frase de T. TOMANDL, según la cual los derechos sociales no son otra cosa que el compromiso de los poderes públicos en la promoción activa de las personas. TOMANDL, T., *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, J.C.B., Tübingen, Mohr, 1967, p. 6. Citado en GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “Inmigración y derechos sociales: un binomio de libertad e igualdad”, en ALBERDI BIDAGUREN, J. Y GOIZUETA VÉRTIZ, J.: *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 149-185, pp. 152. El rol activo y promocional del Estado se inserta en la expansión del contenido de los derechos constitucionales heredada del constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial. Según ALEXY los tres rasgos de tal expansión son los siguientes: la ubicuidad (efecto irradiador de los derechos constitucionales, que trascienden las relaciones individuo-Estado); la aplicación del principio de proporcionalidad, lo que otorga a los derechos constitucionales la estructura de principios o mandatos de optimización; y los referidos derechos de prestación. Dentro de éstos, el profesor alemán distingue entre derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto. En: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXY, R.: *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2ª ed., 2009, pp. 45-84, pp. 46,47.

aquél mandato, es uno de los objetivos principales de los poderes públicos²¹⁸. Con especial claridad expone la idea Encarna CARMONA, al señalar que la finalidad esencial de la vertiente social del Estado es la consecución del disfrute real y efectivo de todos los derechos fundamentales por el mayor número posible de ciudadanos²¹⁹. De este modo se eludiría lo que la autora denomina la “perversión de los derechos de libertad”, consistente en reconocer y regular tales derechos olvidando las relaciones sociales de poder²²⁰. Como expresa Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA, “la idea de que la libertad y la igualdad [...] vienen condicionadas por la instalación de la persona en la realidad social, por su situación económica, educativa, y cultural, comportará ya un cambio en la comprensión de los derechos fundamentales”²²¹.

La obligación que subyace al artículo 9.2 CE es, por tanto, la de tomar en cuenta las circunstancias reales en las que se encuentran los titulares de los derechos fundamentales, con objeto de maximizar el margen de disfrute de los mismos²²². En este sentido, las situaciones de dependencia y desprotección de quienes padecen imposibilidad o dificultad agravada de ejercicio iusfundamental, es decir, las situaciones de vulnerabilidad, constituyen la *ratio essendi* de este precepto, aquello que se pretende que el Estado detecte cuando toma en consideración las situaciones de hecho de los titulares de derechos, y palie con medidas compensatorias. La relevancia jurídica de las situaciones de vulnerabilidad radica en que activan directamente la responsabilidad del Estado social en cuanto a la promoción del ejercicio efectivo de derechos. Por ello, a la situación de vulnerabilidad,

²¹⁸ MONEREO PÉREZ afirma que dichos poderes deben, *ex* artículo 9.2 CE, reforzar “la efectividad de los derechos y libertades constitucionales. En este sentido, sobre la legislación como en la doctrina judicial y la intervención gubernamental, recae el compromiso de evitar la ineffectividad de los derechos constitucionales”, en: “La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades”, en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 131-152, p. 133.

²¹⁹ En *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 72. La autora recoge los tres alcances diversos que Ridder atribuyó al Estado social, a saber: referencia social de los derechos fundamentales, vinculación social del Estado y obligación del mismo de articular la sociedad sobre bases democráticas.

²²⁰ *Idem*, p. 73.

²²¹ En FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “El Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, nº 69, septiembre-diciembre 2003, pp. 139-180, p. 154.

²²² En este sentido, Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA (*Idem*, p. 157) se refiere a los derechos socioeconómicos como “instrumentos para garantizar las condiciones reales que hagan posible un efectivo ejercicio de la libertad”.

jurídicamente significativa, le corresponde una consecuencia jurídica: la protección especial que promueva el efectivo ejercicio iusfundamental, que constituirá un tratamiento jurídico diferenciado, específico. Dicha protección puede adoptar varias formas: refuerzo de la autonomía, eliminación de obstáculos que impidan el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, etc.

En conclusión, la vulnerabilidad puede constituir una herramienta argumentativa valiosa para identificar situaciones jurídicamente relevantes que merezcan un tratamiento específico, fundamentando con mayor efectividad la necesidad de una intervención estatal que promueva el pleno disfrute de derechos fundamentales. Asimismo, será de especial utilidad para orientar el sentido de la intervención. El modo concreto en que contribuirá a determinar la legitimidad de las clasificaciones normativas (es decir, de las diferencias), en el marco del juicio de igualdad, se abordará más abajo, al analizar la revisión jurisdiccional de las mismas.

b. Especificación de derechos como medio.

El artículo 9.2 CE demanda un descenso a la realidad de las cosas, en el que se detecten situaciones significativamente disímiles, y se les aplique un tratamiento específico orientado a la equiparación. En el ámbito de los derechos fundamentales, dicho mandato se plasma en el proceso de especificación, definido por BOBBIO como “el paso gradual, pero siempre muy acentuado, de una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”²²³. El autor describe este proceso como un eslabón más en la evolución de los derechos humanos, que sigue a los de positivación, generalización e internacionalización, y que persigue la mayor adaptación y adecuación de la teoría de los derechos a la compleja realidad social. Con dicha finalidad adaptativa, los derechos han de ser progresivamente perfeccionados, tanto desde el punto de vista del contenido, como puede ser la concreción del abstracto derecho a la libertad, en derechos más concretos, como la libertad de conciencia, de expresión o de reunión, como desde una perspectiva subjetiva, que implica la progresiva determinación del sujeto abstracto “persona” en

²²³ BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 109.

ulteriores especificaciones, basadas por ejemplo en el género, en la edad o en la excepcionalidad o no de la situación en la que el titular se halle²²⁴.

Por tanto, el proceso de especificación persigue la realización de la igualdad real²²⁵, pues ésta exige regular los derechos de forma equitativa y adaptada a las necesidades reales, con objeto de maximizar su disfrute. En este sentido, la especificación se presenta como la respuesta natural a la vulnerabilidad²²⁶, ya que supone el concreto reconocimiento de derechos a colectivos que socialmente se ven impedidos o limitados para ejercer los suyos en las mismas condiciones que el resto²²⁷. Basta un breve repaso de los instrumentos internacionales dedicados a derechos de colectivos específicos, para constatar que los destinatarios son personas potencial o efectivamente vulnerables²²⁸.

²²⁴ *Idem*, p. 115. Asimismo, según Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El proceso de especificación de los derechos supone que frente a los derechos del hombre y del ciudadano que son los del modelo inicial de la ética pública de la modernidad, los individuales, civiles y políticos, se produce una concreción de los titulares, que no abarcan ya al genérico “homo iuridicus”, destinatario general de esas normas de derechos humanos de las primeras generaciones, sino que se centran en aquellos colectivos situados por razones culturales, sociales, físicas, económicas, administrativas, etc., en una situación de inferioridad que es necesario compensar desde los derechos humanos”, en “La universalidad de los derechos humanos”, *DOXA* 15-16, 1994, pp. 613-633, p. 626.

²²⁵ “Son derechos fundados en el valor igualdad y que utilizan la técnica de la equiparación, si lo vemos desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, si lo vemos desde el punto de vista de los medios empleados”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “La universalidad de los derechos humanos”, *op.cit.*, p. 626.

²²⁶ Un estudio que también relaciona las categorías de vulnerabilidad, discriminación y especificación es: DABOVE, M.I: “Discriminación y ancianidad. Reflexiones filosóficas en torno al sistema jurídico argentino”, en *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382, pp. 153-164. Asimismo, Fernando MARINÑO afirma que la especial debilidad e indefensión en la que se encuentran las personas o colectivos “especialmente vulnerables”, exige la adopción de normas y/o técnicas jurídicas protectoras específicas. En “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, *op.cit.*, p. 22.

²²⁷ “Se trata de derechos concedidos apartada y específicamente a colectivos como las mujeres, los niños, los ancianos, los minusválidos, los usuarios de servicios públicos o los consumidores, para resolver situaciones de inferioridad de esos colectivos, consiguientemente con criterios distintos que suponen derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades sólo para los miembros de esos grupos, aunque la finalidad es que con esas ayudas, en forma de derechos fundamentales, puedan equipararse al resto de hombres y ciudadanos, que no están concernidos y no son titulares de esos derechos porque no los necesitan. Podríamos decir que son derechos que surgen precisamente para que sus destinatarios puedan llegar a gozar igual que el resto de los titulares, de los derechos individuales, civiles y políticos, de los mismos”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “La universalidad de los derechos humanos”, *op.cit.*, pp. 626-627. Como destaca Norberto BOBBIO, el proceso de especificación es más intenso en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, por estar estos basados en la diferencia de oportunidades, frente a lo que ocurre con los llamados derechos de libertad, fácilmente atribuibles de manera indiferenciada a las abstractas categorías de “persona” o “ciudadano”. En *El tiempo de los derechos*, *op.cit.*, p. 116.

²²⁸ Algunos ejemplos en este sentido: *Convención de Derechos del Niño y sus Protocolos Adicionales*; *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*; *Declaración sobre los derechos de personas pertenecientes a minorías*

ii. Implicaciones para los menores no acompañados (artículo 39 CE).

La posición constitucional del menor se construye sobre su condición de sujeto de derechos fundamentales y la protección especial que el Estado social le debe. Bajo estos postulados no subyace otra cosa que el núcleo del tratamiento jurídico moderno del menor, que no es otro que el binomio autonomía-vulnerabilidad. En este sentido, la idea de la vulnerabilidad del menor se enfrenta a la autonomía conformando una suerte de fuerzas opuestas en la delimitación de su estatuto constitucional.

Analizado más arriba el influjo de la autonomía del menor, en lo relativo a la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales, se valorará a continuación la repercusión de su vulnerabilidad en la protección específica que la Carta Magna le otorga, teniendo en cuenta que el colectivo objeto de estudio, no sólo es menor, sino que también es inmigrante, y llega a España solo.

En coherencia con lo que se acaba de defender, el colectivo de menores no acompañados, por padecer vulnerabilidad, se verá impregnado de significación jurídica respecto al mandato de igualdad real. Atendiendo a su condición de menores, la misma Constitución ordena expresamente su protección especial en el artículo 39. Pero este precepto tendrá que fusionarse con la cláusula más genérica del artículo 9.2 CE, con objeto de abordar la vulnerabilidad agravada en que se encuentran en toda su dimensión, es decir, con el objeto de tener en cuenta que, además de menores, son inmigrantes y arriban en situación de desamparo. Por partes.

En primer lugar, la Constitución brinda una protección especial, más intensa, a los menores de edad, que se refleja en varios preceptos, como en el artículo 20.4 CE, que erige tal protección en límite específico a la libertad de expresión, o en el

nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su Protocolo Facultativo; Convención para la eliminación de la violencia contra la mujer; Principios para la protección de los enfermos mentales y mejoramiento de la atención de la salud mental; Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias.

artículo 48 CE, que ordena la promoción de los derechos de participación de los jóvenes.

No obstante, el precepto que específicamente dispone la protección especial del menor es el artículo 39 CE, que constituye un mandato específico de tutela reforzada, pues concreta, respecto al menor, el genérico mandato constitucional de protección especial a los vulnerables recogido en el artículo 9.2 CE. Dispone lo siguiente:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Como principio rector de la política social y económica que es, el precepto posee una eficacia un tanto difusa, pero una normatividad indubitada, y “deberá informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (artículo 53.3 CE).

En este sentido, el principio constituye, en primer lugar, un mandato al legislador, que estará obligado a establecer un sistema público de protección al menor, que todos los poderes públicos deberán garantizar. El desarrollo legislativo del principio rector, junto a lo dispuesto al efecto por los tratados internacionales²²⁹, configuran un verdadero **derecho subjetivo a la protección pública**²³⁰, exigible judicialmente²³¹. Un derecho que, en virtud de su naturaleza típicamente social,

²²⁹ Entre las disposiciones internacionales que contribuyen a reforzar y perfilar el mandato protección del menor, están el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el artículo 24.1 del PIDCP; y los artículos 3.2, 4 y 20 de la Convención de Derechos del Niño.

²³⁰ BARRANCO VELA, R.: “La publicación del régimen jurídico de protección de los menores de edad”, en DURÁN RUIZ, F.J. y BARRANCO VELA, R.: *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes...op.cit.*, pp. 8 y 9. El derecho se reconoce explícitamente en el artículo 10.1 de la Ley del Menor: “Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto”.

²³¹ Defendiendo esta idea, con respecto a la seguridad social: GARCÍA ROCA, J.: “Constitutional principles regarding the Spanish social security system: a citizen’s right”, en *Estudios de Homenaje a Prof. Jorge Miranda*, Edição da Faculdade de Direito da Universidad de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, volumen II, pp. 59-79, pp. 68-70. Y con respecto al disfrute del medio ambiente adecuado (art. 43 CE): CANOSA USERA, R.: “¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del

requiere que el Estado provea, asista, invierta, para garantizarlo; es decir, en palabras de ALEXY, es un derecho a la acción positiva del Estado²³². En la concreción normativa del principio, el legislador deberá respetar el contenido básico de la institución, así como otros principios constitucionales, como la proporcionalidad²³³.

En cuanto a su **contenido**, el artículo 39 CE recoge un doble mandato, por un lado, a los poderes públicos, de asegurar la protección de la familia, de “los hijos”, de “las madres”, y de “los niños”, y por otro lado, a los padres, de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Asimismo, integra el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito familiar, tanto con respecto a las madres (con independencia de su estado civil), como respecto a los hijos (con independencia de su filiación), así como entre madres y padres, respecto al derecho-deber de asistencia a los hijos.

Con respecto a la protección y asistencia al menor dispuesta por el precepto, la doctrina identifica un sistema mixto, que descansa prioritariamente en la familia, y subsidiariamente en los poderes públicos²³⁴. Sin embargo, parece más acertado hablar, junto con Diego ESPÍN CÁNOVAS, de un doble nivel de protección²³⁵, en el que el nivel público es progresivamente subsidiario del espacio reservado al privado, pero manteniendo el suyo propio, insustituible por los particulares. Sin embargo, deslindar la participación pública de la privada en la protección del menor es una ardua y compleja tarea.

Por una parte, los padres deben prestar “asistencia de todo orden” a sus hijos, algo que, en su desarrollo legal²³⁶, es identificado con el contenido de la patria

medio ambiente?”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva época, vol. 7, T. 1, 2006, pp. 151-215, pp. 168 y ss.

²³²ALEXY, R.: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, *op.cit.*, p. 50.

²³³ GARCÍA ROCA, J.: “Constitutional principles regarding the Spanish social security...*op.cit.*, p. 74.

²³⁴ Es muy extendida la opinión de que el padre y la madre serán los primeros obligados a prestar asistencia “de todo orden” a sus hijos, y sólo en el caso de que éstos no desempeñen debidamente sus obligaciones, intervendrán los poderes públicos. En esta línea: CABEDO MALLOL, V.: *Marco constitucional de la protección de menores*, *op.cit.*, p. 19.

²³⁵ “Artículo 39. Protección de la familia”, en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV: Artículos 39 a 55, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, pp. 44-67, p. 59.

²³⁶ Es necesario acudir a la ley, pues a diferencia de la Constitución de 1931, la del 78 no especifica en qué consiste dicha “asistencia de todo orden”. Aquélla, en su artículo 43, establecía que “Los

potestad y que consiste, por ende, en “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, así como en “representarlos y administrar sus bienes” (artículo 154 CC). El precepto constitucional que recoge este mandato, 39.3, es una norma constitucional interesante, que refleja de forma privilegiada la eficacia horizontal o *inter privatos* de la Carta Magna, al constituir un mandato a particulares en beneficio de otros particulares, sólo equiparable a la obligación impuesta por el constituyente a los partidos políticos (artículo 6), sindicatos y asociaciones empresariales (artículo 7), consideradas asociaciones privadas que cumplen funciones públicas y sociales, de que su estructura y funcionamiento sean democráticos. Ello da cuenta de la relevancia constitucional de la familia, como ente intermedio entre el individuo y el Estado, que a pesar de su naturaleza privada, cumple funciones de relevancia pública (asistencia a menores), y al que, por tanto, los poderes públicos deben protección jurídica, social y económica (artículo 39.1 CE)²³⁷.

Dada la relevancia pública de las funciones de la familia, la Administración podrá intervenir en la misma, incluso llegando al grado extremo de intromisión pública en la vida privada que supone la separación de un hijo de sus progenitores²³⁸. La función administrativa de vigilancia y subsidiariedad en la asistencia del menor constituye la piedra angular del sistema público de protección de menores.

En este sentido, y como en parte se ha anunciado, las Administraciones Públicas desempeñan funciones tuitivas de tres modalidades. En primer lugar, coadyuvan a que las familias cumplan, como responsables primeras y naturales, con

padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución”.

²³⁷ Diego ESPÍN CÁNOVAS estima que el constituyente debía haber destacado más la transcendencia de la familia para justificar su inclusión entre las líneas generales de la política socio-económico-cultural. El autor aduce la ubicación sistemática del precepto (el primero del Capítulo III) como “argumento sistemático en favor de la conexión entre la acción impulsora del trabajo, cultura, vivienda, salud, sanidad, etc., que inspira al capítulo y la protección la familia, que ocupa su primer lugar [...]. [C]abe pensar en la familia como destinataria de gran parte de las normas protectoras que consagra. Quizá como grupo intermedio entre individuo y estado [...]”. En “Artículo 39. Protección de la familia”, *op.cit.*, p. 46.

²³⁸ En este sentido, Julieta MORENO-TORRES, al estudiar la figura de desamparo (artículo 172 CC), expresa que “nada puede haber más privado que la vida familiar y, sin embargo, en este artículo 172 CC se regula la que posiblemente sea la potestad de la Administración que afecta a los particulares de forma más inmediata y directa”, en *La seguridad jurídica y el sistema de protección de menores español*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 32.

la guarda de los menores, su crianza y formación²³⁹. Para ello, y en virtud de su obligación de proteger la institución familiar, los poderes públicos prestarán “especial atención a las situaciones familiares especiales que puedan agravar la situación de vulnerabilidad de los menores”²⁴⁰. En segundo lugar, las Administraciones deben velar por el correcto desempeño de las obligaciones familiares, e intervenir en caso de incumplimiento (casos de riesgo y desamparo)²⁴¹. Estas dos primeras funciones se rigen por el principio de subsidiariedad progresiva de la intervención pública con respecto a la privado-familiar²⁴². A diferencia de ellas, la tercera función de los poderes públicos es insustituible y no opera, por tanto, sobre la base de la subsidiariedad. Se trata de aprobar y ejecutar una política de protección integral de menores, que garantice el disfrute de sus derechos en todos los ámbitos (familia, justicia, salud, cultura, educación, consumo, ocio, etc.)²⁴³. Por más que la familia sea la primera responsable del menor, hay aspectos, como la asistencia sanitaria, la existencia de una educación pública, o de las garantías procesales adecuadas para el menor, que recaen directamente bajo la responsabilidad del Estado social. A esto parece referirse, respecto a la protección de la tercera edad, el artículo 50 CE, cuando ordena a los poderes públicos promover y proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la tercera edad, “con independencia de las obligaciones familiares”.

²³⁹ Artículo 18.2 de la Convención de Derechos del Niño: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

²⁴⁰ Como expresa Ángeles DE PALMA DEL TESO, “la familia sólo podrá ser un entorno de integración social cuando sus miembros no sean víctimas de exclusión social”. En *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006, p. 41.

²⁴¹ Artículo 19 de la Convención de Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

²⁴² DE PALMA DEL TESO, A: *Administraciones públicas y protección de la infancia...op.cit.*, p. 42.

²⁴³ *Idem*, p.39.

La triple actuación de apoyo, vigilancia y garantía que la Constitución encomienda a las Administraciones Públicas en materia de protección del menor ha impulsado el tránsito de esta materia desde el Derecho Civil hasta la misma frontera entre éste y el Derecho público, constituyendo una paradigmática manifestación de lo que Luciano PAREJO denomina *Estado social osmótico*²⁴⁴. El complejo desafío que se presenta en esta miscelánea jurídica público-privada no es otro que alcanzar un delicado equilibrio entre los diversos intereses encontrados en este punto, como la salvaguarda de la capacidad de obrar progresiva del menor, el respeto de la función orientadora de los padres, así como de la intimidad familiar y, por supuesto, la función garante y protectora de los poderes públicos, que deberán contar con equipos especializados y multidisciplinares²⁴⁵. El interés superior del menor deberá servir de luz orientadora en este cruce de caminos.

En relación al **alcance subjetivo** del precepto, se plantea el problema de si el mismo se aplica a los menores extranjeros igual que a los españoles, y qué incidencia tiene el estatus migratorio de aquéllos sobre el disfrute de la protección. Pues bien, **todos** los menores que se hallan en territorio español constituyen el ámbito de aplicación subjetiva del precepto. Así se desprende de la lógica de igualdad y no discriminación que impregna la disposición (entre hijos legítimos y naturales; madres solteras, casadas o divorciadas; y padre y madre), y de la normalización constitucional del menor no acompañado preconizada en este trabajo (que parte del reconocimiento de su derecho a la igualdad jurídica).

Pero es que además, la igualdad entre menores está expresamente reconocida en la Convención de Derechos del Niño²⁴⁶, así como en la Ley del Menor²⁴⁷,

²⁴⁴ “Estado Social y Administración Prestacional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57, mayo-agosto 2000, pp. 17-47.

²⁴⁵ Rafael BARRANCO VELA sostiene que la existencia de equipos multidisciplinares en las Administraciones Públicas competentes de la protección del menor, dota de una garantía científica y terapéutica a las decisiones y resoluciones normativas, que contribuye a legitimar la actuación administrativa en ámbitos tan privados, en “La publicación del régimen jurídico de protección de los menores de edad”, *op.cit.*, p. 15.

²⁴⁶ Artículo 2: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las

normas que conforman, junto con la Carta Europea de los Derechos del Niño²⁴⁸, lo que el Tribunal Constitucional ha denominado el “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, que supone el “desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4” y que constituye, “sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”²⁴⁹.

Además de la Convención, también contemplan el principio los Pactos Internacionales de 1966 (el de Derechos Civiles y Políticos²⁵⁰ y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵¹). La confluencia de estas normas parece consagrar, no sólo una prohibición de discriminación del menor en el ejercicio de derechos, sino también un principio de universalidad en la protección de menores, en virtud del cual ésta debe extenderse, sin distinción, a cualquier menor sujeto a la jurisdicción del Estado.

Por su parte, las diversas legislaciones autonómicas de protección también se hacen eco, y de forma contundente, de tal derecho a la igualdad que posee todo

opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. Respecto al significado y poder innovador de este precepto, véase: CARMONA LUQUE, M.R.: “La no discriminación como principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, volumen I*, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 151-171, pp. 173- 188.

²⁴⁷ Artículo 1: “La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad”. Artículo 3, párrafo primero: “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”.

²⁴⁸ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño* (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio).

²⁴⁹ STC 141/2000, F.J. 5. Tal calificación jurídica entraña, como destaca Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, una serie de consecuencias en la interpretación que ha de darse a ciertas normas, en la resolución de determinados conflictos de intereses (que afectan al menor) o en la legitimidad de determinados límites a algunos derechos y a ciertas funciones y facultades, como la patria potestad. En *El interés del menor*, *op.cit.*, pp. 36-37.

²⁵⁰ Artículo 24.1: «Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado»

²⁵¹ Artículo 10.3: «Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición».

menor en nuestro territorio²⁵², con independencia de cuál sea la ley personal que les corresponda. No caben, pues, fisuras en la protección o en el disfrute de los derechos del menor por razón de su nacionalidad o de su situación administrativa²⁵³. Todos los menores que se encuentran en territorio español tienen derecho a la asistencia y protección pública, incluidos, y especialmente, dada la vulnerabilidad múltiple que padecen, los que accedan al territorio de forma irregular²⁵⁴, por más que las autoridades españolas no siempre lo hayan garantizado²⁵⁵.

El principio de igualdad y no discriminación entre menores se presenta como un límite a la concreción legislativa del artículo 39 CE. Si bien es cierto que, en el ámbito del desarrollo de los principios rectores, al legislador se le reconoce un amplio margen de discrecionalidad, que en ocasiones ha conllevado la exclusión de determinados grupos, y en especial, los inmigrantes en situación administrativa irregular, del ámbito de aplicación subjetiva de los derechos legalmente

²⁵² A modo de ejemplos: artículo 2 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los derechos y la atención al menor* (Andalucía); artículos 2 y 9 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia* (Cataluña); artículos 1 y 5 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, *de atención y protección a la infancia y adolescencia* (País Vasco); artículos 2.1 y 13 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, *de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*.

²⁵³ Por ejemplo, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (F.J.8), el alto Tribunal anula un artículo de la Ley de Extranjería que exigía estar en situación administrativa regular para acceder a la educación no obligatoria en igualdad de condiciones que los españoles. Es interesante que, a pesar de que, ni la Constitución, ni los textos internacionales, ni el Tribunal en su fallo, acoten el derecho a los menores de edad, sino que hablan del derecho de “todos” a la educación; la modificación de la Ley de Extranjería que pretendió adaptarla a la sentencia referida (la efectuada por la L.O 2/2009, de 11 de diciembre), ha mantenido la exigencia de residencia regular con respecto a los adultos (que quieran acceder a la educación no obligatoria), y sólo ha eliminado dicha exigencia para los menores de 18 años. Bajo esta diferente regulación del derecho de los menores respecto a la de los adultos, subyace el asentado principio de igualdad jurídica de los menores.

²⁵⁴ Según el COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO de la ONU, en su Observación General nº 6, de 1 de septiembre del 2005 (CRC/GC/2005/6), sobre el *trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, el principio de no discriminación “prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye -e incluso puede exigir- la diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados”.

²⁵⁵ En este sentido, el COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, en sus Observaciones Finales dedicadas al segundo informe presentado por España (CRC/C/15/Add. 185, 13 de junio de 2002), muestra su preocupación “porque el principio de no discriminación no se aplica plenamente respecto a los niños gitanos, los hijos de los inmigrantes, especialmente si son irregulares- y los menores extranjeros”.

configurados, cuando se trata de menores dicha exclusión o trato peyorativo no es posible²⁵⁶.

Del mismo modo que la exclusión del disfrute de derechos sociales de un grupo tan vulnerable como los inmigrantes irregulares, chocaría frontalmente con la médula del Estado social²⁵⁷, la exclusión de los menores no acompañados de las medidas de protección de menores, constituiría todavía-si cabe-un mayor sinsentido o absurdo desde la perspectiva de la igualdad material, por la mayor vulnerabilidad del colectivo²⁵⁸.

A pesar de que en tiempos de crisis la restricción de “lo financieramente posible”²⁵⁹, enemiga natural de los derechos sociales, parece ser especialmente corrosiva y omnipresente, no ha de perderse de vista que dicho límite no es absoluto, sino que se enfrenta a su vez a otros contra-límites, como el contenido básico de la institución regulada en el principio rector de que se trate, u otros

²⁵⁶ Verbigracia, conforme a la concreción legislativa del régimen de Seguridad Social y del derecho a la salud, recogidos respectivamente en los artículos 41 y 43 CE, el disfrute del derecho a la asistencia médica que no sea de urgencia queda condicionado a la regularidad de la situación administrativa del inmigrante (Artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, tras la modificación efectuada por el RD-L 16/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*). No obstante, esta exigencia no afecta a los menores de edad, que tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, tal y como establece el artículo 3 *ter in fine* de la citada Ley.

²⁵⁷ En esta línea: GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “Inmigración y derechos sociales: un binomio de libertad e igualdad”, *op.cit.*, pp. 152-153. En palabras de la autora, la defensa de los derechos sociales en un Estado democrático consistiría, en definitiva, en garantizar la extensión igualitaria de las libertades a todos sus integrantes”, a lo que agrega que “el constitucionalismo del Estado social se configura como un constitucionalismo estructuralmente solidario”.

²⁵⁸ También resalta la posición vulnerable de los menores no acompañados como límite a las diferenciaciones normativas que los Estados pueden establecer atendiendo al *status* migratorio, el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano garante de la *Carta Social Europea*, sobre la base de que dicho tratado identifica a los niños y adolescentes como personas con necesidad de protección y asistencia especial por parte del Estado (artículo 17 de la Carta Social Europea (Revisada)). En su Resolución del 20 de octubre de 2009, *caso Defensa de los Niños Internacional contra Países Bajos*, el Comité afirma que la competencia estatal de regular la inmigración no debe traducirse en una privación de los menores extranjeros, especialmente los no acompañados, de la protección debida a su estatus (párrafo 41).

²⁵⁹ Javier GARCÍA ROCA relaciona esta restricción con la intensa configuración legal de los mismos. En efecto, son derechos que presuponen un esfuerzo económico grande, que contrasta con la falta de recursos suficientes por la que atraviesa el Estado en diversas ocasiones. Ello conlleva, según el autor, que el legislador configure la cantidad y calidad de los beneficios sociales en función de la situación presupuestaria. En “Constitutional principles regarding the Spanish social security system...*op.cit.*, p. 74.

principios de estirpe constitucional, como el principio de proporcionalidad²⁶⁰, así como, en el caso de la protección del menor, su consagrado derecho a la igualdad.

En consecuencia, cualquier diferencia de trato que reciba un menor debe pasar por el tamiz del juicio de igualdad. Una exclusión, o un tratamiento peyorativo de los menores extranjeros con respecto a los nacionales, en el marco de una política social de protección, que responda, por ejemplo, a limitaciones presupuestarias (o bien a la gestión eficaz de flujos migratorios), aunque quizá podría superar la fase de la racionalidad de la diferencia de aquél juicio, por constituir, la de los menores extranjeros, una situación diferentes a la de los nacionales con respecto a determinados temas; no pasarían la fase de la proporcionalidad de la diferencia. En la misma, se enfrentaría la necesidad de protección especial del menor no acompañado (como persona que padece vulnerabilidad mayor que la de los menores objeto de protección por la medida cuestionada), por una parte, frente al objetivo de la gestión eficaz del presupuesto, o bien de los flujos migratorios, por otra. Debido al influjo del principio del interés superior del menor en el plano hermenéutico de la ponderación de derechos, que se analizará más abajo, no cabe restringir derechos del menor con una finalidad distinta a la de su propia protección.

Sin perjuicio de que los efectos interpretativos derivados del **interés superior del menor** jueguen especialmente en el ámbito jurisdiccional, por lo que se abordarán más abajo, en el correspondiente apartado, es menester abordar en este punto el principio en cuestión, en cuanto eje de la protección del menor, integrado en el mandato constitucional de tutela específica del artículo 39 CE.

El principio se fragua en la esfera internacional, cristalizando por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño (1959)²⁶¹ y más tarde, en la Convención

²⁶⁰ GARCÍA ROCA, J.: “Taking social rights seriously: principle of financial sustainability. A budgetary impact statement”, en ponencia presentada a la *International Association of Constitutional Law (IACL)*, Rio de Janeiro Round Table, “Constitutional and economic crisis: national and transnational economic regulation and social rights”, abril de 2013, p. 7.

²⁶¹ Principio 2: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. También se menciona en el Principio 7.

de Derechos del Niño²⁶², así como en otros textos internacionales²⁶³. En el ámbito europeo, aparece tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a pesar de no estar explicitado en el Convenio), como en el Derecho de la Unión Europea, destacando en este marco lo dispuesto por la Carta Europea de Derechos del Niño²⁶⁴ y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶⁵, texto éste dotado del mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión²⁶⁶, que, por consiguiente, posee efecto directo y prevalente sobre el ordenamiento jurídico español, incluida la Constitución, si bien únicamente en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión²⁶⁷. La conclusión es que, en dicho ámbito, el interés superior del menor es un **principio consagrado al más alto nivel normativo**.

Asimismo, el principio posee relevancia constitucional en España, y se considera integrado, tanto por el Tribunal Constitucional²⁶⁸, como por el Supremo²⁶⁹, así como por la doctrina²⁷⁰, en el mandato específico de tutela

²⁶² Art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

²⁶³ Por ejemplo: *Convenio de la Haya sobre adopción de 1993*, artículos 4, 16, 21 (apartados 1 y 2), y 24.

²⁶⁴ Art. 8.14: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses [...]”.

²⁶⁵ Artículo 24.2: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”.

²⁶⁶ Artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

²⁶⁷ Artículo 51 de la Carta: “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión [...]”.

²⁶⁸ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5: “Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)”;

STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ.12: “La eventual lesión del art. 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor”.

²⁶⁹ STS de 20 de abril de 1987.

²⁷⁰ Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (*El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 68) lo considera un mandato constitucional emanado del 39.2 y 3 CE. Laura ZUMAQUERO GIL mantiene que los apartados tercero y cuarto del artículo 39 CE configuran el interés del menor como un auténtico principio constitucional, en “El interés del menor en los tribunales españoles”, en VVAA: *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 39- 56, p. 39.

reforzada al menor recogido en el artículo 39 CE²⁷¹, bien globalmente considerado, o bien en alguno de sus concretos apartados, en especial, el segundo, el tercero o el cuarto. Más abajo se intentará demostrar que es éste último el apartado que incorpora materialmente el principio, al margen de la integración que, vía exegética, hace del mismo el artículo 10.2 CE.

Anclar el interés superior del menor en un principio rector de la política social y económica (artículo 39.4 CE), conlleva una serie de consecuencias. En primer lugar, el principio deviene parámetro de constitucionalidad en el marco del control abstracto²⁷², y como tal lo ha utilizado el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias²⁷³. Incluso es posible encontrar en la jurisprudencia constitucional incipientes rastros de lo que podría constituir un control de inconstitucionalidad por omisión²⁷⁴, que se produciría, por ejemplo, cuando una norma que afecte al menor no garantice el cumplimiento de su interés²⁷⁵.

²⁷¹ En cambio, Vicente CABEDO MALLOL lo ve reflejado en la confluencia de los valores de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, promulgados en el 10.1 CE. En *Marco constitucional de la protección de menores*, *op.cit.*, p. 18.

²⁷² RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de menores extranjeros...**op.cit.*, p. 250.

²⁷³ Verbigracia, el alto Tribunal ha declarado que la especial flexibilidad procesal que rodea a los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que se dirimen controversias sobre la situación familiar de los menores (custodia, régimen de visitas, etc.), está justificada por la finalidad que dichas especialidades procesales persiguen, que no es otra que la salvaguarda de los importantísimos intereses en juego, en especial, los del menor, que son prevalentes (STC 75/2005, de 4 de abril, F.J.3). En la misma línea, en la STC 71/1990, de 5 de abril, el Tribunal declara la legitimidad constitucional de determinados preceptos del Reglamento de los antiguos Tribunales Tutelares de Menores que restringían en gran medida la publicidad y la asistencia letrada. Se basa para ello en que tales preceptos perseguían garantizar “los intereses del menor y del entorno familiar” y la protección debida al menor en virtud del artículo 39.4 CE y de los Tratados Internacionales (F.J. 7).

²⁷⁴ El control de inconstitucionalidad por omisión, que no ha sido regulado en nuestro ordenamiento, se ha observado con suspicacia por la doctrina, por el riesgo de rebasamiento de la legitimidad competencial del Tribunal que conlleva. De ahí que se haya realizado en ocasiones mediante vías indirectas o alternativas. AGUIAR DE LUQUE, L.: “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, nº24, 1987, pp. 9-30; JIMENA QUESADA, L.: “Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, nº 58-59, 2007, pp. 207-225; AHUMADA RUIZ, M.: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 1991, pp. 169-194.

²⁷⁵ STC 198/2012, de 6 de noviembre, F.J. 12: “La eventual lesión del art. 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso...”. Este podría haber sido el caso del precepto 35.5 de la Ley de Extranjería, por no introducir el principio del interés superior del menor en el proceso decisorio respecto a la permanencia en el territorio o la repatriación, sino ya en la elección de modalidad de repatriación: “la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de

La segunda consecuencia de incluir el interés superior del menor en el contenido material de un principio rector, es la función que se le anuda de informar la legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 CE).

En este sentido, y con respecto a la legislación positiva, los principios en los que se basa la Convención de Derechos del Niño han iluminado y transformado la normativa española, y en concreto, el principio del interés superior del menor se reproduce, tanto en las normas estatales²⁷⁶, como en las autonómicas²⁷⁷, como si de un mantra se tratase.

El interés superior del menor supone un elemento configurador de la protección específica de éste. De manera que, si el objetivo de dicha protección es reforzar las posibilidades de ejercicio iusfundamental por parte del menor, aquél principio constituye un plus, un complemento de dicho objetivo, que lo recubre de prevalencia frente a otros objetivos legítimos. Asimismo, al constituir un concepto jurídico “indeterminado”, el interés del menor se “determinará” atendiendo a las circunstancias del caso concreto, dotando así al sistema de protección de una dosis de flexibilidad necesaria para adaptarse a las infinitas circunstancias que la realidad puede presentar. El interés del menor se plasmará en la ley como variable o elemento móvil, que adquirirá contenido al ponerse en relación con un caso concreto. La obligación derivada de la Norma Fundamental para con el legislador en este punto será la de garantizar que el interés del menor sea una consideración prioritaria en las decisiones que se adopten respecto a los menores. Pero, una vez incluida esta garantía en la ley, será el intérprete y aplicador de la misma quien deberá llenar de contenido el interés del menor y otorgarlo un peso prioritario, que

interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores [...]”. Sin embargo, esta cuestión se solventó con el Reglamento de Extranjería que, en su artículo 194.2 establece que dicha decisión se adoptará de acuerdo con el principio de interés superior del menor.

²⁷⁶ Se encuentra, entre otras, en la Ley del Menor (art. 2: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [...]”; art. 11.2: “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor [...]”; el Código Civil (artículos 154 del CC: “[...] La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad [...]”, 92.4 y 92.8, 94 *in fine*, y 172.4, entre otros); y la LEC (artículo 777.8).

²⁷⁷ Todas las leyes autonómicas de protección del menor, sin excepción, hacen referencia a este principio.

no excluyente, en la correspondiente ponderación de los intereses en juego. Será, por tanto, en el apartado de la específica protección judicial del menor, donde se termine de desarrollar este principio de importancia capital.

Por último, la protección especial brindada por los poderes públicos a los menores en general, y a los menores no acompañados, en particular, se ha plasmado en sendos procesos de especificación²⁷⁸, tanto a nivel supranacional, como estatal y autonómico.

Retornando a la idea con la que comenzada este apartado, el proceso de especificación en torno al menor extranjero no acompañado deberá tener en cuenta, no sólo su condición de menor, sino las condiciones superpuestas de extranjero y desamparado, por lo que su situación –de vulnerabilidad múltiple- requeriría una suerte de “especificación de la especificación”. La cuestión a dilucidar sería hasta qué punto el sistema de protección de menores se adapta a las peculiaridades de los menores no acompañados, en qué supuestos serán necesarias normas específicas para ellos (con el consecuente riesgo de que la diferenciación ligada a la especificación pueda servir como fachada de regulaciones menos garantistas, realmente más preocupadas por aspectos presupuestarios, de gestión de flujos, etc.), y en qué supuestos será suficiente con que las especiales circunstancias en las que se encuentran, se tengan en cuenta en la determinación individualizada de su interés superior por parte de las autoridades correspondientes. En el último capítulo de este trabajo se abordarán estas cuestiones.

3.3.2. Respuesta de los poderes ejecutivo y legislativo.

i. Frente a los vulnerables en general.

²⁷⁸ Respecto a la justificación de los derechos específicos del menor, Holly CULLEN aboga por un equilibrio entre dos argumentos tradicionalmente rivales, a saber, la necesidad de proteger al menor del abuso y la explotación y proveerle asistencia, por una parte, y el fomento de su autonomía, y su participación en la determinación de su propio interés. En “Children’s Rights”, en PEERS, S. y WARD, A. (Ed.): *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 323-346, p. 329.

El Gobierno y el Parlamento poseen un considerable margen de discrecionalidad para la elección de los instrumentos y políticas de protección. Ello responde, tanto al carácter abierto de la cláusula del Estado social, cuya interpretación depende en gran medida de las circunstancias históricas²⁷⁹, como a la “estructura alternativa” de los derechos de protección, que admiten multitud de formas de cumplimiento, en contraste con la univocidad de la prohibición de injerir, perjudicar, etc., a que se ve sometido el Estado en virtud de los derechos de defensa²⁸⁰. No obstante, la discrecionalidad de legislador estará más encorsetada cuando se trate de derechos sociales, estrictamente hablando, que en el caso de los principios rectores, o incluso del objetivo general de la igualdad sustancial, en cuyo caso el margen se ensancha considerablemente.

A pesar de la multiplicidad de formas que pueden adoptar, las **políticas públicas de protección** comparten un común denominador, integrado por el carácter prestacional (implican dar o hacer)²⁸¹, específico o *ad hoc*²⁸², y compensatorio.

En concreto, las políticas públicas dirigidas a los vulnerables buscarán reforzar su autonomía deficitaria, o detectar y remover otros obstáculos que dificulten el pleno ejercicio iusfundamental. Cabrían diversas taxonomías de tales políticas, atendiendo a distintos criterios de clasificación. Por ejemplo, en virtud del **engarce constitucional** que posean, se dividirían entre aquéllas que aplican derechos fundamentales y aquéllas que concretizan principios rectores, o el abstracto objetivo de la igualdad sustancial. Como se verá más abajo, a estas medidas les corresponden distintos modelos de control jurisdiccional.

²⁷⁹ CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en la Constitución*, *op.cit.*, p. 74.

²⁸⁰ ALEXY, R: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, *op.cit.*, p.55.

²⁸¹ Sandra FREDMAN incide en esta idea en “Providing equality: substantive equality and the positive duty to provide”, en *South African Journal on Human Rights*, vol. 21, 2005, pp. 163- 190, p. 169.

²⁸² Luis PRIETO SANCHÍS lo refleja, respecto a los derechos sociales, cuando sostiene que “los derechos civiles y políticos se atribuyen a ese hombre abstracto y racional (a todos), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales lo son del hombre trabajador, del joven, del anciano, de quien precisa asistencia, etc.; en suma, los primeros se dirigen al famoso sujeto del Código civil que fuera objeto de la crítica de Marx, en tanto que los segundos tienden a considerar al hombre en su específica situación social”, en “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, septiembre-diciembre 1995, pp. 9-57, p. 16.

En función de los destinatarios, las medidas de protección podrán ser **individuales o colectivas**, según se destinen, como su propio nombre indica, a paliar situaciones de vulnerabilidad individual o colectiva. Como se advirtió en su momento, las últimas suelen tener una justificación constitucional más ardua.

En tercer lugar, en función del tipo de vulnerabilidad que pretenden paliar, las normas o políticas de protección podrán tener **alcance concreto**, cuando están concebidas para compensar la dificultad de ejercicio de uno o varios derechos fundamentales determinados, es decir, a compensar lo que se ha llamado vulnerabilidad sectorial; o bien **alcance general**, dirigidas a compensar la dificultad general de ejercicio iusfundamental, esto es, la referida vulnerabilidad generalizada.

Como ejemplo de medidas de protección dirigidas a revertir situaciones de vulnerabilidad, vigentes en nuestro ordenamiento, puede mencionarse, en primer lugar, la denominada **Ley de Dependencia**²⁸³, aplicable a personas ancianas, enfermas, con discapacidad, o en las que concurre una intersección de varios de estos factores. La norma es paradigma de las denominadas medidas de alcance general, pues intenta reforzar la autonomía personal de forma integral, con la expresa finalidad de repercutir en una mejora en el ejercicio de derechos fundamentales (no uno o varios derechos específicos, sino todos los posibles)²⁸⁴.

La Ley es una medida de carácter individual, puesto que la protección social que brinda atiende a la concreta situación de cada destinatario²⁸⁵. Si bien el

²⁸³ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*.

²⁸⁴ Artículo 4 de la Ley: “Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior [que habla de derechos humanos y libertades fundamentales, derechos jurisdiccionales y patrimoniales, entre otros] sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia”. Este objetivo se refleja también en la cobertura competencial que invoca la Ley: la “competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1 CE)” (artículo 1). En este sentido, el Estado pretende orquestar la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas para la consecución de este objetivo, dejando claro que lo realizará “con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 de la Constitución” (Exposición de motivos).

²⁸⁵ La ayuda consiste en dos tipos de prestaciones: servicios (tele-asistencia, ayuda a domicilio, centros de día y de noche, residencias), y subsidiariamente, prestaciones económicas. La Ley insiste en proporcionar una protección *ad hoc* o específica para cada situación. Entre sus principios inspiradores, el artículo 3 menciona los siguientes: “e. La valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real”; “f. La personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor

concepto de “vulnerabilidad” que aquí se propone, y el de “dependencia” que contiene la ley, presentan relevantes similitudes, ambos no son coincidentes. Mientras que el segundo se considera ocasionado por unas causas determinadas (edad, enfermedad y/o discapacidad), y se refiere a supuestos de falta de autonomía para realizar actividades básicas de la vida diaria (desplazamiento, higiene personal, cuidado del hogar, etc.), la vulnerabilidad puede generarse por causas muy diversas, y se refiere al ejercicio de derechos fundamentales. Por ejemplo, la vulnerabilidad incluye a los menores extranjeros no acompañados, la dependencia que describe la ley, no. No obstante, ambos conceptos se solapan en un gran número de supuestos, dado que la falta de autonomía para la realización de las actividades básicas de la vida, suele entrañar dependencia para el ejercicio de algunos derechos fundamentales (manifestarse, acudir a cultos colectivos, etc.), pero al contrario no siempre es así.

Otro ejemplo de medida dirigida a compensar una situación de vulnerabilidad es el **permiso de maternidad**. Se trataría de una medida de carácter individual, y de alcance concreto, pues pretende revertir una situación de vulnerabilidad sectorial, a saber, la dificultad de ejercer el derecho al trabajo en igualdad de condiciones. Como dice la Directiva 92/85 CEE²⁸⁶: “la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el periodo de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad”, de lo que se hace eco la STC 324/2006, de 20 de noviembre, al afirmar que la maternidad repercute en la posición social y laboral de la mujer, así como en la igualdad de oportunidades laborales, por lo que, en palabras del Alto Tribunal, “posee valor constitucional” (F.J 6).

También de alcance concreto, por compensar la vulnerabilidad sectorial consistente en el ejercicio dificultoso del derecho a acceder a cargos públicos representativos en un contexto de enraizada predominancia estructural del hombre

acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades”. La especificación de la protección también se deduce del llamado “programa individual de atención” (artículo 29), mediante el cual los servicios públicos determinan las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de cada solicitante. Asimismo, el legislador elabora una escala de grados de dependencia (artículo 26), con la finalidad de afinar más en la protección proporcionada.

²⁸⁶ Directiva 92/85 CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*.

en las esferas de poder, se sitúan las denominadas **cuotas electorales**. Por más que nuestro ordenamiento jurídico no reconozca esta figura como tal, estrictamente hablando, sino que recoge una concreción del principio de representación política equilibrada²⁸⁷, lo que no supone tratamiento jurídico diverso alguno, la justificación de fondo de la norma, hoy en día, es la misma que la de las cuotas: eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres gozar plenamente del derecho de elección pasiva²⁸⁸. Se trata de una medida típicamente colectiva.

Otro ejemplo de actuación pública ante situaciones de vulnerabilidad sería la responsabilidad más intensa de la Administración sobre quienes se vinculan a ella por **relaciones de sujeción especial**²⁸⁹. En primer lugar, determinadas personas o colectivos en esta situación, como es el paradigmático ejemplo de aquéllos privados de libertad, pueden ver restringido el ejercicio de algunos derechos fundamentales en *pro* de bienes jurídicos como la eficacia y el buen funcionamiento de la Administración²⁹⁰, lo que puede generar situaciones de vulnerabilidad²⁹¹. Además, y

²⁸⁷ Artículo 44 bis de la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General*: “1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico”. Sobre el particular véase: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012; AQUINO DE SOUZA, C.: “Las cuotas electorales y los derechos fundamentales”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 13, enero 2011, pp. 37-66.

²⁸⁸ BALLESTRERO, M.V. “Acciones positivas: Punto y aparte”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996, pp. 91-109, p. 105.

²⁸⁹ Éstas se han definido como “las relaciones jurídico - administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”, en LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, p. 25. Sobre este tema ver, por todos: GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

²⁹⁰ La jurisprudencia constitucional ha matizado progresivamente las posibilidades de restricción de derechos de quienes se hallan en relación de sujeción especial, de manera que esta categoría ha pasado de ser la patente de corso que justificaba casi cualquier tipo de limitación, a ser un concepto confuso, que puede valer, como mucho, para identificar más fácilmente las situaciones en las que la eficacia y buen funcionamiento de la Administración emergen como bienes o valores jurídicos en conflicto frente a determinados derechos fundamentales, conflicto que deberá resolverse conforme al canon habitual de proporcionalidad. En esta línea, COTINO HUESO, L.: “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y en España”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época), nº 55, 1999 (III), pp. 291-394.

a pesar de que los vaporosos contornos de la categoría de las relaciones de sujeción especial impiden un tratamiento jurídico homogéneo, puede decirse que, en algunos casos, como en el ya referido de los presos, o el de los menores sometidos a tutela y guarda administrativa, la fuerte dependencia que tienen respecto de la Administración para el ejercicio y la protección de sus derechos, les sitúa en una posición demasiado “expuesta” a la misma, susceptible de generar vulnerabilidad²⁹². Ello se compensa con una responsabilidad agravada del Estado respecto a la salvaguarda de los derechos de estas personas, lo que en ocasiones desemboca, a su vez, en restricciones en el ejercicio de otros de sus derechos²⁹³. Además, la responsabilidad reforzada del Estado respecto a la garantía de los derechos supone una intensificación de sus **obligaciones positivas** de protección. Tanto el Tribunal Constitucional como, y sobre todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han contribuido a la construcción jurisprudencial de esta categoría, que supone enfatizar el papel activo del Estado en la protección de los derechos, frente al tradicional rol pasivo o negativo, de no interferencia. Las obligaciones positivas del Estado pueden fácilmente derivarse del artículo 9.2 CE (“los poderes públicos deben promover las condiciones, para que la libertad y la igualdad [...] sean reales y efectivas, remover obstáculos [...]”), especialmente la intensificación de las mismas que se produce frente a los vulnerables.

²⁹¹ Según el artículo 25.2 CE “[...]El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria[...].” Además, la jurisprudencia constitucional ha añadido que se pueden restringir derechos por motivo de la seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario. Para el caso del derecho de reunión, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que su ejercicio en el interior de las prisiones “puede quedar limitado por razones de orden y de seguridad constitucionalmente legítimas” (STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 2), y requiere autorización previa.

²⁹² Un preso, por ejemplo, requiere de una especial asistencia de la Administración penitenciaria para ejercer derechos como el sufragio activo, algunas manifestaciones de la libertad religiosa, etc. Un menor sometido a tutela y guarda administrativa tiene una dependencia casi total de la Administración para ejercer muchos de sus derechos, como educación, sanidad, etc.

²⁹³ Como explica la STC 11/1991, de 17 de enero, FJ 2, “[e]sta relación de especial sujeción [...] origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas”.

ii. Frente a los menores no acompañados en particular: el sistema público de protección.

a. Protección en sentido estricto y en sentido amplio. La Ley del Menor.

Como se ha sostenido, los menores en general, y los menores no acompañados en particular, como población vulnerable, son destinatarios naturales de las políticas sociales del Estado. Todos los poderes públicos están obligados, *ex* artículos 39 CE y 9.2 CE, a brindarles protección especial.

En virtud de este mandato, el legislador- tanto el estatal como el autonómico- ha articulado lo que podría considerarse un sistema estricto de protección y, paralelamente, uno amplio.

El primero de ellos se asienta sobre la base de la subsidiariedad, esto es, se aplicará sólo si los padres o tutores no cumplen con sus obligaciones de protección, y únicamente en la medida en que no lo hagan. Está conformado, en primer lugar, por instituciones jurídico-privadas (tutela, curatela, defensor judicial y guarda de hecho) destinadas a atajar y solventar situaciones de desprotección en supuestos de ausencia o mal funcionamiento de la patria potestad, estableciendo, mediante resolución judicial, vínculos que sustituyen, en la esfera privada, el nexo paterno-filial o algunos aspectos del mismo.

El sistema también contempla la intervención pública, ya sea en respaldo de la privada, proporcionando apoyo económico o profesional a la familia o tutor para solucionar problemas de asistencia al menor dentro del contexto familiar; o en sustitución de aquélla, mediante la asunción, por parte de la Administración, de la tutela y/o guarda del menor, cuando la situación de desprotección sea de tal gravedad que se deba alejar rápidamente a aquél de su círculo familiar, o bien cuando el menor carezca de familia.

La tutela y guarda administrativas se conciben como medidas de urgencia, que se aplicarán provisionalmente, hasta que sea posible el restablecimiento de lazos familiares o el establecimiento de nuevos lazos de la misma índole, acudiendo para

ello a las instituciones de carácter privado. De este modo, el carácter mixto que el artículo 39 CE impregna al sistema estricto de protección de menores, se plasma, en su desarrollo legislativo, en un subsistema de protección privado, que se entreteje con uno público en una relación de subsidiariedad, de modo que este último interviene para garantizar que el privado cumpla con sus obligaciones de asistencia de todo orden al menor y, en caso de que no sea así, sustituirle en el desempeño de las mismas²⁹⁴.

Por otro lado, el sistema de protección en sentido amplio se erige sobre la idea de que la “protección del menor” no está encorsetada en el sistema de protección en sentido estricto, sino que es un objetivo típicamente transversal. Se incluirán en dicho sistema, por tanto, normas que protegen de forma especial al menor, no sólo en el marco del Derecho Civil y Administrativo, sino también en las regulaciones penales²⁹⁵, laborales²⁹⁶ y procesales²⁹⁷. La actuación de los poderes públicos en estas

²⁹⁴ Antonia DURÁN AYAGO (*La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico, op.cit.*, párr. 331 y ss.) explica el desdoblamiento que se ha producido en el sistema de protección de menores, quedando, por un lado, las instituciones típicamente familiares, a las que todo menor, por regla general, debe estar sometido, y de otro, las medidas de protección asistenciales o funcionales, que se aplican cuando los mecanismos de protección institucional no se desempeñan adecuadamente, o bien desaparecen.

²⁹⁵ El Código Penal otorga una protección más intensa a los menores frente a determinados delitos, bien asignándolos penas más severas cuando las víctimas son menores, como es el caso del delito de lesiones (artículo 148 CP), de las detenciones ilegales y los secuestros (artículo 165 CP); o bien tipificando como delitos determinadas acciones, pero sólo si recaen sobre menores, como el hecho de favorecer la prostitución y la corrupción a menores (artículos 187 y 189.4 CP, respectivamente). En cuanto a la responsabilidad penal de los menores, ésta no se rige por el Código Penal, sino por una normativa específica, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, que regula un “proceso encaminado a adoptar medidas orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas” (Exposición de Motivos).

²⁹⁶ Por ejemplo, el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores: “1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años. 2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana. 3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años. 4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados”.

²⁹⁷ A modo de ejemplos: artículo 448 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”. Artículo 753.3 de la LEC: “Los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal”.

facetas tuitivas ajenas al sistema de protección en sentido estricto, como se sostuvo más arriba, no es subsidiaria de la actuación privado-familiar, por no poder ser sustituida por ésta. La comprensión de la protección del menor en sentido holístico se vincula, en primer lugar, aunque no sólo, a la protección de sus derechos fundamentales, como se refleja en la misma Ley del Menor.

En este sentido, dicha norma, que implementó en España los principios fundamentales de la Convención de Derechos del Niño de 1989, parece acoger ambos conceptos (estricto y amplio) de sistema de protección, lo que se refleja en su misma estructura, dividida en dos títulos: uno dedicado a los derechos fundamentales del menor²⁹⁸, que se integra en el sistema de protección en sentido amplio, y otro dedicado a la protección específica²⁹⁹, que se encuadra en el sistema de protección en sentido estricto.

El catálogo de derechos de la primera parte pretende ser una especificación de determinados derechos fundamentales³⁰⁰, que adapte su ejercicio a la minoría de edad, con el fin de atajar la vulnerabilidad que tal condición conlleva³⁰¹. A ello añaden un conjunto de medidas y principios de aplicación transversal, destinados a facilitar el ejercicio efectivo de los derechos por los menores (artículos 10 y 11).

Empero, según algunos autores, aquél catálogo no supone más que una duplicación casi superflua del reconocimiento de aquellos derechos constitucionales³⁰². En efecto, al margen de puntuales especificidades de ejercicio de

²⁹⁸ Título I: “De los derechos de los menores”

²⁹⁹ Título II: “Actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores”.

³⁰⁰ Los derechos fundamentales a los que se otorga una regulación específica son los siguientes: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la información, libertad ideológica, derecho de participación, asociación y reunión, derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído.

³⁰¹ La Exposición de Motivos de la Ley explica que “del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos, combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen”.

³⁰² RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA AGUACIL, M.J.: “La Protección Jurídica del Menor: Principios básicos y desarrollo legal por la normativa del Estado y de la Comunidad Autónoma andaluza”, en PORRAS NADALES, A.J [et al.]: *I Jornadas sobre el Defensor del Pueblo Andaluz. Baeza 18,19, 20 de 2001, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2002, pp. 107-136, p. 109. El autor, sin embargo, justifica en cierta medida el reconocimiento de derechos en esta sede por ser de las primeras declaraciones legales de equiparación normativa entre mayores y menores.

determinados derechos, que la Ley contempla³⁰³, el valor de este catálogo en su momento fue más sensibilizador que real. Sin duda sirvió para reafirmar y enfatizar la titularidad y capacidad progresiva de ejercicio iusfundamental por parte de los menores de edad, especialmente respecto a aquéllos derechos cuyo ejercicio pudiera despertar más controversia social (por ejemplo, la libertad ideológica y religiosa).

El segundo título de la Ley del Menor proporciona las piezas clave del sistema público de protección de menores, es decir, del más arriba referido como subsistema público del sistema de protección en sentido estricto, conformado por las distintas modalidades de intervención pública en casos de desprotección. Enseguida se describirán los elementos principales de dicho sistema, tal y como aparecen regulados en ésta y otras leyes (principalmente el Código Civil y las leyes autonómicas de protección de menores).

b. Situaciones relevantes de desprotección:
desamparo y el riesgo.

El sistema público de protección gira en torno a dos situaciones de hecho jurídicamente significativas, el riesgo y el desamparo, y a las distintas modalidades de intervención pública para paliarlas.

Del concepto legal de **desamparo** que el Código Civil recoge en su artículo 172.1³⁰⁴, se extraen los tres elementos acumulativos que lo generan, a saber,

³⁰³ A modo de ejemplo, una especificidad en la regulación del ejercicio del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores, sería la insuficiencia de su consentimiento para legitimar cualquier publicación de su imagen o su nombre que fuera contraria a sus intereses.

³⁰⁴ Artículo 172.1 CC: “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. La institución fue introducida en el Código Civil por la Ley 21/1987, que se inspira en la figura del “abandono” de la Ley italiana n° 184, de 4 de mayo de 1983 (sobre adopción y acogimiento). Dicha institución aludía a situaciones de privación de asistencia moral y material por parte de los padres y parientes obligados a prestarla, siempre que no se debiera a fuerza mayor de carácter transitorio (artículo 8.1). Para un estudio de la cuestión, véase: BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, op.cit. Por otra parte, el precedente jurídico-civil del concepto de desamparo en España es el concepto de abandono, descrito en el antiguo artículo 174 CC: “Se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias”. Este concepto fue reemplazado por el desamparo, pues se consideró que éste era, “conceptual y gramaticalmente hablando, de mayor amplitud”, no sólo desde una perspectiva

incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes legales de protección vinculados a la guarda de menores; privación de la necesaria asistencia moral o material; y existencia de nexo causal entre ambos elementos.

Como ya se ha expuesto, los deberes de protección anudados a la guarda de menores son los que la ley prevé para los padres respecto a sus hijos: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes (artículo 154 CC). El incumplimiento que desencadena el desamparo puede ser parcial (inadecuado ejercicio de los deberes) o total, y las causas de dicho incumplimiento son jurídicamente irrelevantes, así como el carácter culposos o no de las mismas.

Respecto a la falta de la necesaria asistencia moral o material del menor, gran parte de la doctrina considera este requisito como un dato objetivo, en el sentido de no vincularlo subjetivamente a nadie en especial, es decir, que aun habiendo incumplimiento de los deberes de protección por padres o tutores, si hay alguien que se encargue del menor mediante una guarda de hecho, brindándole la necesaria asistencia moral y material, éste no se considerará desamparado³⁰⁵.

Por el contrario, en virtud de la interpretación subjetiva de desamparo, éste concurre cuando sus guardadores legales no le brinden la necesaria asistencia moral y material, aunque el menor pueda contar con la asistencia de guardadores de hecho (un tío o un abuelo, por ejemplo)³⁰⁶.

La interpretación de esta cuestión por parte de las legislaciones autonómicas no es homogénea. Algunas han acogido claramente el concepto objetivo de

subjetiva, pues no posee el límite de los 14 años de edad, sino también objetiva, en cuanto al tipo de situaciones de desprotección que abarca. En DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A.: “El acogimiento del menor en situación de desamparo”, en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 231- 246, pp. 236-237.

³⁰⁵ A favor del concepto objetivo de desamparo: GAYA SICILIA, R.: “Tutela y guarda de menores en situación de desamparo”, en *Derecho de Familia*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1715-1751, pp. 1724-25; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, *op.cit.*, p. 28-30; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: “Artículo 172”, en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; OCAÑA MORENO, J.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.): *Código Civil Comentado*, vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 851-867, p. 856.

³⁰⁶ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia...op.cit.*, p. 217. Según la autora, “el menor desamparado acogido por un guardador de hecho se encuentra en una situación precaria. El guardador de hecho no está legalmente obligado a asumir la guarda del menor, a brindarle asistencia y protección. Por ello, en estos casos el menor no tiene debidamente garantizado su derecho a la asistencia y protección”.

desamparo³⁰⁷, mientras que otras muchas, al incluir entre los posibles supuestos de desamparo “la ausencia de las personas a las que corresponda ejercer funciones de guardia”, se adhieren al concepto subjetivo³⁰⁸. Esta disparidad hermenéutica, que se observa también en la jurisprudencia, y en la aplicación de la ley por las Administraciones autonómicas al declarar el desamparo, atenta contra el principio de seguridad jurídica³⁰⁹.

Claro parece que el guardador de hecho, al no poseer vínculo jurídico alguno con el menor, ni ostentar su representación legal, no está obligado jurídicamente a brindarle protección, por lo que ésta no podría exigirse si aquél ceja en sus actuaciones tuitivas. Asimismo, la guarda de hecho es una situación definida por la provisionalidad, que no puede perpetuarse en el tiempo. La situación de hecho debe revertir al Derecho. Sin perjuicio de que se pueda constituir un acogimiento familiar, tutela ordinaria, o incluso adopción, en favor del guardador de hecho, lo sensato en términos de protección y de seguridad jurídica es que, en el ínterin hasta que ello acontezca, el menor cuente con representación legal efectiva y la responsabilidad legal sobre el mismo esté en todo momento definida. Desde esta perspectiva, parece más adecuado el concepto subjetivo de desamparo.

Por otra parte, la definición de los menores no acompañados (aquéllos que se encuentran en el territorio español sin la compañía “de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres”³¹⁰), a quienes se considera legalmente en situación de desamparo, parece acogerse a la interpretación subjetiva del mismo. Ya que, de plegarse a la interpretación objetiva, no se consideraría en dicha situación al menor extranjero que, aún llegando al territorio estatal sin adultos que en virtud de ley o de costumbre, sean de él responsables, esté

³⁰⁷ Por ejemplo, la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja*, cuyo artículo 49.3 establece que: “No concurre la situación de desamparo cuando un guardador preste de hecho al menor la necesaria asistencia moral o material. En tal caso, si lo requiriera el interés del menor, la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá promover la formalización de dicha guarda como acogimiento familiar o el nombramiento del guardador como tutor”.

³⁰⁸ Entre otras: Ley 17/2006, de 13 de noviembre, *integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de Illes Balears*; Ley 3/1995, de 21 de marzo, *de la infancia de la Región de Murcia*; Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los Derechos y la Atención al Menor* de Andalucía; Ley 1/1997, de 7 de febrero, *de atención integral a los menores*, de Canarias.

³⁰⁹ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La Seguridad Jurídica en el Sistema...opc.it.*, p. 265 y ss.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B.: *El desamparo y la protección de los inmigrantes*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 105.

³¹⁰ Artículo 1 de la *Resolución relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países*.

circunstancialmente asistido por amigos adultos o miembros de su familia extensa, por ejemplo³¹¹.

¿Cuáles son los efectos de la declaración de desamparo? En el plano de los hechos, el menor es extraído de su familia y puesto bajo la guarda de la Administración. En el plano del Derecho, la entidad pública de protección de menores asume, *ope legis*, la tutela del menor, sin necesidad de intervención judicial para ello.

Dado que el desamparo es un concepto jurídico indeterminado, valorar su existencia, en la práctica, a veces es complejo³¹². En este sentido, con la finalidad de clarificar y de reducir el ámbito de discrecionalidad administrativa, se incluye, en la Ley de Menor, la distinción entre el desamparo y el nuevo concepto de **riesgo**. Éste último, que también constituye un concepto jurídico indeterminado, es definido, de forma negativa o residual, como aquélla situación de desprotección que no llegue a considerarse desamparo³¹³, añadiendo así, a este último, el elemento de “gravedad” de la desprotección, e incluyendo el parámetro de la proporcionalidad en la decisión por la que se opta por declarar una u otra situación de desprotección. Desamparo y riesgo se distinguen conceptualmente desde una perspectiva estrictamente cuantitativa, pues constituyen diferentes grados de un *continuum* de desprotección del menor.

En cuanto a los efectos que producen, la principal diferencia entre el desamparo y el riesgo es que, mientras que del primero se deriva la asunción de la tutela del menor por parte de la Administración y la separación del menor de su familia, del segundo dimanar diversos tipos de actividades preventivas o

³¹¹ Sin embargo tampoco existe unanimidad total en la doctrina con respecto a la concepción objetiva o subjetiva del desamparo cuando éste se refiere a menores no acompañados. ANA GUDE FERNÁNDEZ y M^a BEGOÑA LÓPEZ PORTAS parecen defender el concepto objetivo, cuando dicen que “si el menor [no acompañado] se encuentra solo y carece de la asistencia de un adulto tanto material como moral deberá declararse su desamparo”, en “La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico... *op.cit.*, p. 771.

³¹² BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática...* *op.cit.*, p. 17.

³¹³ Según el artículo 17 de la Ley del Menor, son situaciones de riesgo aquéllas “de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley”. Sobre el concepto de riesgo: MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 41. Sobre el margen de discrecionalidad de la Administración en este ámbito: BENAVENTE MOREDA, P.: “Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia”, en *Derecho Privado y Constitución*, año 17, n° 23, enero-diciembre de 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11-58.

reparadoras por parte de aquélla, pero nunca la asunción de la tutela ni la escisión familiar³¹⁴. La legislación autonómica sobre protección del menor ha desarrollado estas regulaciones, tratando de aminorar la indeterminación de los conceptos.

En España, los menores extranjeros no acompañados son considerados en situación de desamparo. Si bien en la actualidad parece existir consenso en torno a esta afirmación, esto no ha sido siempre así. Célebre es ya la polémica suscitada por una instrucción de la Fiscalía General del Estado del año 2003³¹⁵, que partía de la presunción *iuris tantum* de que los menores no acompañados mayores de 16 años estaban emancipados, por vivir de forma independiente de sus padres, y asumiendo que con el consentimiento, expreso o tácito, de éstos³¹⁶. A veces incluso por ellos presionados o impulsados a abandonar su territorio de origen, con la esperanza de que la experiencia migratoria mejore la economía familiar. La consideración de estos menores como emancipados *iuris tantum* que hacía la instrucción del 2003, sería incompatible con la declaración de desamparo y, por ende, con la protección anudada a la misma. Correspondía, entonces, su retorno.

No obstante, ante la contundente crítica doctrinal³¹⁷ y social³¹⁸ despertada por la medida, el Fiscal General del Estado rectificó su postura un año después, en una instrucción³¹⁹ que dejó sin efecto a la de 2003, en la que pasó a sostener el mucho más razonable criterio inverso: la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido dieciocho años. Tal presunción sólo se romperá cuando “se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor

³¹⁴ De acuerdo con el artículo 17 de la Ley del Menor, la actuación de la Administración en estos casos se orientará “a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia”.

³¹⁵ Instrucción 3/2003, *sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo*.

³¹⁶ Tomaba para ello como base el artículo 319 CC, según el cual: “Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento”.

³¹⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B.: *El desamparo y la protección de los inmigrantes*, op.cit., p. 130.

³¹⁸ A modo de ejemplo, ver: UGT, Departamento de Migraciones Confederal: *Valoración de UGT sobre la instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado*: <http://www.ugt.es/inmigracion/fiscaliamenores.pdf>

³¹⁹ Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, *sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados*.

de dieciocho años conforme a su Ley Personal”³²⁰, lo que se adecúa a la norma de Derecho Internacional Privado que dispone la aplicación de la ley personal para los aspectos relativos al estado civil³²¹, como es la emancipación³²².

La diferencia entre la emancipación, como estado civil al que el menor que ha alcanzado la edad de dieciséis años accede en virtud de una situación de hecho en la que no requiere de asistencia; y la situación de desprotección en la que se encuentra el menor como consecuencia de una decisión (se puede presumir que consciente y voluntaria, aunque no con total certeza) basada en razones como la imperiosa necesidad de apoyo económico a la familia, es decir, distintas a la no necesidad de asistencia; es palmaria. Habría que distinguir, pues, entre la emancipación, basada en que el menor, con su actitud, demuestra que no necesita asistencia de ningún tipo, y la segunda situación, en la que el menor está dispuesto a renunciar a la asistencia moral y material de padres o tutores, accediendo a adelantar por motivos urgentes su entrada a la vida independiente, en aras de un objetivo que en ese momento considera prioritario, sin querer esto decir que no precisara de aquella asistencia en circunstancias “normales”.

No obstante, uno de los matices de la definición de menor no acompañado recogida por el Reglamento de Extranjería, que no se contempla en la definición europea, es que incluye el “riesgo de desprotección” como elemento definitorio del colectivo. *Sensu contrario*, ¿significa esto que hay ocasiones en las que un menor extranjero en territorio español que no está acompañado de un adulto responsable, no se considere desamparado? ¿La literalidad de la norma podría dar cabida a una interpretación de la misma que considere emancipados a determinados menores no acompañados, y consecuentemente evadir la protección que les corresponde como menores? ¿O quizá el Reglamento está abriendo la puerta al concepto objetivo de

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ Artículo 9.1 CC: “La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte [...]”. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (directores): *Derecho Internacional Privado, Vol. II*, Comares, novena edición, Granada, 2008, pp. 37: “La Ley nacional del sujeto regula los siguientes aspectos: a) Posibilidad de emancipación, sujetos susceptibles de emancipación, causas para acordar la misma, alcance de la emancipación y límites de la misma; b) Los efectos de la emancipación; c) Causas de terminación de la misma”.

³²² La emancipación es un estado civil dentro de la menor edad. DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona Jurídica*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 228.

desamparo, en virtud del cual no se consideraría en tal situación a los menores que, si bien no estén acompañados por las personas que legalmente sean responsables de ellos, reciban asistencia de otras personas?

Sin perjuicio de cómo sea interpretado en el futuro este punto en la jurisprudencia, reiteramos aquí la idea de que la guarda de hecho no proporciona ningún tipo de representación legal al menor. En las circunstancias de máxima vulnerabilidad en las que se halla un menor que llega a un país extranjero, de idioma generalmente desconocido, en el que se verá involucrado en complejos procedimientos administrativos (repatriación, regularización, etc.) y probablemente judiciales, es imprescindible proporcionarle una tutela y representación legal que aporte una pequeña dosis de certeza jurídica en cuanto a su protección. Reafirmamos, por tanto, la idoneidad del concepto subjetivo de desamparo.

c. La respuesta pública: tutela y guarda
administrativa. El acogimiento.

Tutela administrativa y desamparo se presentan en nuestro Derecho como conceptos inescindibles: la misma declaración de desamparo conlleva, de manera automática, la asunción de la tutela administrativa sobre el menor³²³, sin necesidad de declaración o procedimiento adicional.

¿Cuáles son los efectos de la asunción de la tutela administrativa? En primer lugar, comporta la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, aunque mantienen validez los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores, siempre que sean beneficiosos para el menor (artículo 172.1 *in fine* CC). Se deslinda de esta forma la titularidad y el ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria, quedando la primera en manos de los padres o tutores, y el segundo, en manos de la Administración³²⁴. El ejercicio de la tutela sobre el menor implicará “adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda” (artículo 172.1 CC),

³²³ Artículo 172.1 CC, párr. 1º: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda [...]”.

³²⁴ GAYA SICILIA, R.: “Tutela y guarda de menores en situación de desamparo”, *op.cit.*, p. 1731.

que consisten en el desempeño de los deberes de asistencia vinculados a la patria potestad (artículo 154 CC).

Pero, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la tutela administrativa? ¿Es un servicio público asistencial de la Administración? ¿Es una tutela *sui generis*? ¿Es una tutela ordinaria con ciertas especialidades?³²⁵

Los autores partidarios de la primera idea, aluden como argumento a la compatibilidad entre la tutela administrativa y la patria potestad o la tutela ordinaria, pues aquélla sólo suspende los efectos de éstas, no las anula. Si la tutela administrativa fuera una suerte de tutela ordinaria, aquello no sería posible. De acuerdo con esta postura, dado el cariz administrativo de la tutela administrativa, su inclusión en el Código Civil es incongruente, e ilegítima desde la perspectiva competencial³²⁶.

Por el contrario, otra corriente doctrinal defiende que la tutela administrativa posee la misma naturaleza que la tutela ordinaria, pero con ciertas peculiaridades: su ámbito de aplicación, que se reduce a los menores desamparados; el órgano al que corresponde, que es la entidad pública de protección al menor, y sobre todo, su carácter automático, que opera *ex legis*, sin necesidad de intervención judicial³²⁷.

La Dirección General de Registros y del Notariado se ha pronunciado en varias ocasiones, de modo colateral, sobre la naturaleza jurídica de la tutela administrativa. Según dicha institución, esta tutela “no puede asimilarse a la tutela propiamente dicha”, por venir aquélla “impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho [el desamparo del menor], a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores (cfr. art.39 CE)”. Esta situación es diferente a “la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que habrá de inscribirse en

³²⁵ Un resumen de la discusión doctrinal sobre este tema puede encontrarse en: DURÁN AYAGO, A.; *La protección internacional del menor desamparado...op.cit.*, párrs. 79-82.

³²⁶ ÁNGELES DE PALMA DEL TESO mantiene que la tutela administrativa “es una actividad pública de carácter asistencial, un servicio social”, en *Administraciones públicas y protección de la infancia...op.cit.*, p. 46.

³²⁷ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas...op.cit.* p. 238. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a.B.: *El Desamparo y la Protección de los Menores Inmigrantes*, *op.cit.*, p.61. Aporta argumentos a favor de considerarla una verdadera tutela: PALACIOS GONZÁLEZ, D.: “La tutela *ex lege* y sus efectos jurídicos”, en *Revista Jurídica de Asturias*, nº 23, 1999.

el Registro Civil, por afectar al estado civil de las personas (cfr. art. 218 CC), faltando dicha resolución, por definición, en la tutela legal del artículo 172 del Código civil”³²⁸.

La tutela administrativa es un servicio público, asistencial, prestado directamente por el Estado, en cumplimiento de su obligación, derivada del artículo 39 CE, de proteger subsidiariamente al menor. Esta obligación constitucional alcanza su máximo sentido, envergadura e intensidad, cuando el menor no cuenta con la protección de quienes están primeramente llamados a brindársela.

Tres son las características principales de la tutela administrativa: automatismo (opera por ministerio de la ley, sin perjuicio de la posibilidad de control jurisdiccional *a posteriori* de las resoluciones administrativas en esta materia³²⁹), provisionalidad y subsidiariedad de otras medidas. Constituye una intervención pública de urgencia en una situación de crisis, que sólo se mantendrá hasta que se encuentre una solución duradera en interés del menor.

¿Qué soluciones duraderas pueden aplicarse? La primera opción es la reintegración del menor en su propia familia, a no ser que se considere contraria a su interés superior³³⁰. Si ello no fuera posible, podría constituirse una tutela ordinaria a favor de una persona adecuada desde la perspectiva del beneficio para el menor³³¹. Ambas soluciones podrían fusionarse si la tutela ordinaria se constituyera a favor de un miembro de la familia extensa del menor (abuelo, tío). Otra solución estable es la adopción.

³²⁸ DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO: Resolución (5ª) de 12 de diciembre de 2007, *sobre tutela legal de las entidades públicas y suspensión de la patria potestad*. Reitera la doctrina expresada por primera vez en la Resolución de 22 de junio de 1996.

³²⁹ Según Pilar BENAVENTE MOREDA (“Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia”, *op.cit.*), la ventaja de esta regulación es una mejora en la capacidad de reacción pública ante situaciones agudas y urgentes de desprotección del menor. Empero, la misma quizá también limita severamente la tutela judicial efectiva de los involucrados, especialmente cuando se trata de menores cuyas familias están en España. La ausencia de intervención judicial en la declaración de desamparo- y consiguiente asunción de la tutela pública-, sumado al efecto consolidador que la jurisprudencia concede al paso del tiempo, hace que a veces cristalicen en la práctica decisiones adoptadas por la Administración, sin intervención de un juez, que son determinantes para la vida del menor.

³³⁰ Artículo 172.4 CC: “Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona”.

³³¹ Artículo 239, párr. 2º CC: “Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

No obstante, la nota de provisionalidad en ocasiones es más un desiderátum que una característica definitoria de la tutela. Y ello porque a veces no es posible, o no se considera beneficioso para el interés del menor, acordar ninguna de las soluciones duraderas antedichas, por lo que la tutela administrativa se prorroga en el tiempo, a veces hasta la mayoría de edad. Este “fallo del sistema” es especialmente común en el caso de los menores no acompañados, dada la dificultad agravada que presentan para encontrar soluciones individualizadas y estables, como se verá más detenidamente en el último capítulo.

La asunción de la tutela del menor por parte de la entidad pública de protección, comporta la asunción de la guarda del mismo, que consistirá en velar por el menor, procurarle alimentación, educación y una formación integral, es decir, el ejercicio de las obligaciones de naturaleza personal (no patrimonial) que integran la patria potestad o la tutela.

La guarda se ejerce a través del **acogimiento** familiar o residencial³³², siendo el último de aplicación subsidiaria al primero, pues se ha de intentar propiciar que el menor tenga una experiencia familiar, a no ser que sea contrario a su interés³³³.

La institución del acogimiento del menor se ha diversificado notablemente en las últimas décadas, como consecuencia de la búsqueda de soluciones específicas y adecuadas a las múltiples situaciones de desprotección que se presentan. Su precedente histórico es el internamiento de menores en centros benéficos. Éstos proliferaron en el siglo XIX, adoptando la forma de macroinstituciones. No es hasta bien entrado el siglo XX cuando comienza a emerger la conciencia social sobre los nocivos efectos que la permanencia prolongada en dichas instituciones ejercía sobre el desarrollo del menor³³⁴, y sobre la idoneidad del entorno familiar

³³² Artículo 172.3. CC: “La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde se ha acogido al menor”.

³³³ Artículo 21.1 de la Ley del Menor: “Cuando la entidad pública acuerde la acogida residencial de un menor, teniendo en cuenta que es necesario que tenga una experiencia de vida familiar, principalmente en la primera infancia, procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga al interés del menor”.

³³⁴ SOLER FRÍAS, A.; CARRETERO GONZÁLEZ, C.; SIEIRA MUCIENTES, S.: “El acogimiento familiar”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, op.cit., p. 149.

para el desenvolvimiento del menor. De esta forma, procurar ambientes familiares o cuasi familiares, que sustituyan a la familia de origen del menor cuando ésta, y sólo mientras que ésta, no se pueda hacer cargo del mismo, se convierte en el *leitmotiv* de los sistemas de protección de la infancia. Así, la Ley 21/1987 incluye en el Código Civil la figura del acogimiento familiar, que posteriormente recogieron también las normativas autonómicas. El concepto termina de perfilarse en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley del Menor, que distingue entre acogimiento familiar simple (de carácter transitorio y de realización preferente en la familia extensa), permanente (cuando la edad u otras circunstancias hacen inconveniente la adopción y el reingreso en la familia de origen es altamente improbable), y pre-adoptivo (mientras se tramita la adopción o para calibrar sus posibilidades de éxito)³³⁵.

La reforma del Código de 1996 menciona también ciertas especialidades o variantes del acogimiento familiar, como el hogar funcional o el acogimiento profesional³³⁶. Como el Código sólo las nombra, hay que acudir a las normativas autonómicas que las recogen³³⁷, con el mosaico de particularidades que ello supone, para llenar tales figuras de contenido.

El hogar funcional consiste en “un núcleo de convivencia similar al familiar donde su responsable o responsables residen de modo habitual”³³⁸. Podría considerarse una categoría intermedia entre el acogimiento familiar y el residencial, ya que funciona como un acogimiento residencial muy pequeño, con pocos profesionales a su cargo³³⁹. Esta modalidad es una de las que mejor ha funcionado con el colectivo de los menores no acompañados, pues parece adaptarse mejor a la

³³⁵ Artículo 173 *bis* CC.

³³⁶ Artículo 173 CC: “1. El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional. 2. [...] El documento de formalización del acogimiento familiar, a que se refiere el párrafo anterior, incluirá los siguientes extremos: [...] Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente”

³³⁷ Artículo 66 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, *de atención integral a los menores*, de las Islas Canarias; artículos 82 y 83 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores en la Rioja*; artículo 73.4 de la Ley 17/2006, *integral de la atención y los derechos de la infancia y de la adolescencia en las Illes Balears*.

³³⁸ Artículo 66.1 de la Ley 1/1997, *de atención integral a los menores*, de las Islas Canarias.

³³⁹ SOLER FRÍAS, A.; CARRETERO GONZÁLEZ, C.; SIEIRA MUCIENTES, S.: “El acogimiento familiar”, *op.cit.*, p. 152.

necesidad de independencia propia de la adolescencia, al tiempo que se les proporciona una atención más personalizada y se fomenta su responsabilidad. No obstante, como demandan más recursos que las residencias, la crisis económica ha terminado con la mayoría de ellos.

Respecto al acogimiento profesional, como la propia palabra indica, los acogedores actúan como profesionales. Suele acordarse cuando no se encuentra a ninguna familia dispuesta a acoger al menor, o cuando éste presente determinadas condiciones que requieran de una formación específica para su cuidado³⁴⁰. Suele ser remunerado³⁴¹.

Por otro lado, el acogimiento residencial, también incluido en el Código Civil por la Ley del Menor (en sustitución del internamiento) posee naturaleza subsidiaria provisional, y se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor (172.3 CC). Su concreta regulación (características, organización y régimen de los centros), ha de buscarse en las legislaciones autonómicas.

Todas las formas de acogimiento deberán someter su ejercicio a las condiciones establecidas por la entidad pública competente y a la inspección y vigilancia de ésta y del Ministerio Fiscal (21.2, 3 y 4 de la Ley del Menor).

A pesar de la preferencia legal del acogimiento familiar sobre el residencial, este último no es residual o excepcional en la práctica³⁴². A menudo se aplica de forma prolongada a determinados grupos de menores cuyo acogimiento en familias no es muy común, como es el caso de los menores extranjeros solos. Como se verá en el último capítulo de este trabajo, el hecho de que se trate de menores de avanzada edad, de diferentes culturas, y con una historia de vida que refuerza su independencia y sensación de autosuficiencia, puede desincentivar, tanto a ellos, como a las familias, para el acogimiento. En este sentido, ha habido iniciativas para

³⁴⁰ *Idem*, p. 153.

³⁴¹ Artículo 66.2 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, *de atención integral a los menores*, de las Islas Canarias: “Se entiende por acogimiento profesionalizado aquel en que la persona o familia que acoge en su núcleo familiar a uno o varios menores recibe una cantidad mensual por su labor y por los gastos de alimentación y educación del menor o menores acogidos”.

³⁴² MAYORAL NARROS, I.V.; FRÍAS FIEL, T.; RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.: “El Acogimiento Residencial”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.): *Los sistemas de protección de menores... op.cit.*, pp. 175-226, p. 180; GUDE FERNÁNDEZ, A. y LÓPEZ PORTAS, M.B.: “La protección jurídica de los menores no acompañados... op.cit., pp. 782, 783.

estimular acogimientos en familias de origen cultural o étnico similar al de los menores.

Por último, en cuanto al acogimiento residencial, ¿deberían existir centros específicos para menores no acompañados? Las peculiaridades (lingüísticas, socio-culturales, religiosas, etc.) que presentan, ¿requieren una asistencia específica que sólo puede brindarse en un centro especial?

A favor de los centros específicos, se alega que facilitan la asistencia especializada de profesionales a las necesidades propias- de carácter lingüístico y socio-cultural, especialmente- de los menores no acompañados. En contra, cabe argüir que el aislamiento no favorece la integración, ni presente ni futura, de los menores³⁴³. Las respuestas dadas en la práctica difieren en las distintas Comunidades Autónomas³⁴⁴.

Es imprescindible adoptar soluciones duraderas de manera casuística e individualizada. Y seguir explorando opciones, sin perder de vista que la finalidad

³⁴³ MARCO AROCAS, E.: “Situación de los menores no acompañados en los centros de protección”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.): *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp.297-306. Como dice la autora, que es la Subdirectora del Centro de Acogida de Menores *La Foia de Bunyol*: “El menor debe prepararse para su emancipación, y necesita forjar lazos, necesita conocer y compartir con miembros de la comunidad, crear una red social en la comunidad que le permita una adecuada integración social a su salida del centro”.

³⁴⁴En la Comunidad Valenciana los menores extranjeros están acogidos mayoritariamente en centros específicos: MARCO AROCAS, E.: “Situación de los menores no acompañados...*op.cit.*, p. 305. En cambio, en Galicia, si bien no existe ningún centro de acogida de titularidad pública dedicado a acoger específicamente a menores extranjeros, en la práctica, los menores son en un primer momento enviados al centro de menores de Ferrol, y de ahí se reenvían a otros (para evitar guetos), pero principalmente los reenvían a dos, que están especialmente preparados para casos de internamiento y protección difícil. En GUDE FERNÁNDEZ, A. y LÓPEZ PORTAS, M.B.: “La protección jurídica de los menores no acompañados...*op.cit.*, p. 782. En Cataluña se han creado centros específicos para los menores no acompañados, tanto en la fase de primera acogida, como en fase de permanencia. En Andalucía se promueven centros de atención inmediata específicos para estos menores, para tratar de integrarlos posteriormente en centros comunes. En cambio, en Murcia, los menores ingresan en centros de primera acogida comunes y aquéllos que no son repatriados pasan posteriormente a recursos residenciales específicos, gestionados generalmente por asociaciones especializadas. En cuanto a Aragón, depende de la provincia de que se trate. En: LÓPEZ AZCONA, A.: “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en derecho español”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, nº 17, Marzo 2008, pp. 103-136, pp. 126-127. En la Comunidad de Madrid, existe un centro específico de primera integración (*Residencia para Menores Manzanares*), en el que se supone que los menores extranjeros no pueden estar más de 6 meses, como etapa de transición para facilitar la integración. Sin embargo, en la práctica las estancias se prolongan bastante más de dicho plazo.

de cualquier medida administrativa de protección del menor es la preparación para su reinserción socio-familiar³⁴⁵.

3.3.3. Respuesta del poder judicial.

Como poder público, los jueces y tribunales también son destinatarios de los mandatos de los artículos 9.2 CE y 39 CE. ¿Qué deben hacer ellos frente a situaciones de vulnerabilidad? Su ámbito de actuación se bifurca en dos direcciones: revisar las políticas públicas dirigidas a los vulnerables, cuando éstas se cuestionen judicialmente (i) y cumplir con su propio mandato de protección, ofreciendo a los vulnerables una tutela reforzada (ii).

i. El control jurisdiccional de las políticas sociales dirigidas a los vulnerables.

Este apartado se referirá a la revisión jurisdiccional de las políticas compensatorias dirigidas a los vulnerables, tanto si están recogidas en normas con rango de ley, en cuyo caso, el control abstracto de las mismas corresponderá al Tribunal Constitucional, como si se plasman en normas de rango inferior, cuya revisión, así como la de los actos de aplicación de todas ellas, deberá comenzar en las instancias ordinarias.

Como se expuso más arriba, las políticas sociales o de protección son específicas o *ad hoc*, lo que entraña diferenciaciones normativas. Estas diferencias constituirán el aspecto más controvertido de aquéllas y, por ende, el más cuestionado jurisdiccionalmente. Ahora bien, dado que el mandato a los poderes públicos del artículo 9.2 CE no genera un derecho subjetivo a la igualdad material (o a la diferencia normativa), pues en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que

³⁴⁵ Con respecto a la prolongada estancia de los menores no acompañados en los centros de protección, Manolo Puig, director del Centro de Recepción de Valencia, mantiene: “No estamos atendiendo a su madurez afectiva. Durante años, hemos hablado de la importancia de la NO institucionalización de los menores. La vida en el centro, supone una constante de bajas y altas de menores, de entradas y salidas de profesionales, de momentos difíciles de la convivencia y esto, sin duda, afecta al desarrollo de los menores. No se han explorado recursos alternativos a la institucionalización. La única alternativa son los pisos tutelados, recursos escasos y que tal y como están diseñados, están orientados a menores que tienen cerca la emancipación”, en MARCO AROCAS, E.: “Situación de los menores no acompañados...*op.cit.*, p. 305.

ocurre en el ámbito europeo, no se reconoce la figura de la “discriminación por indiferenciación”³⁴⁶; la impugnación jurisdiccional de las políticas en cuestión, desde la perspectiva de la igualdad, no puede ser directa, invocando dicho artículo, sino que sólo podrá ser indirecta, en base a la exclusión injustificada de un individuo o colectivo del ámbito de aplicación subjetiva de aquéllas³⁴⁷. Por tanto, el precepto invocado por parte de quien pretende ser incluido en dicho ámbito, es el artículo 14 CE y siempre respecto de un *tertium comparationis*³⁴⁸. No obstante, el límite que

³⁴⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho al trato normativo diverso en el caso *Thlimmenos* contra Grecia, de 6 de abril de 2000, en el que se establece que “el derecho a la no discriminación es transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuya situación es sensiblemente diferente”; y lo ha mencionado posteriormente en varios votos particulares, tal y como explica Encarna CARMONA en «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo núm. 12)», *op.cit.*, pp. 751 y ss. El Tribunal de Justicia también reconoció en épocas tempranas aquel derecho. Por ejemplo, en la STJUE de 4 de febrero de 1982, caso *Adam contra Comisión Europea*, de 4 de febrero de 1982 (C 828/79), afirma que “La discriminación en sentido legal consiste en tratar de forma idéntica situaciones que son diferentes (discriminación por indiferenciación) o de forma diferente situaciones que son idénticas”.

³⁴⁷ En respuesta a estos recursos, el Tribunal Constitucional puede llegar a emitir una sentencia aditiva, en virtud de la cual incluya al grupo arbitrariamente excluido en el ámbito de aplicación de la norma cuestionada. Por ejemplo: STC 19/1982, de 5 de mayo; así como la STC 116/1987, de 7 de julio de 1987, en la que el Tribunal extiende a los militares profesionales republicanos incorporados al ejército con posterioridad al 18 de julio de 1936, los mismos beneficios en términos de amnistía que los otorgados a aquéllos militares ingresados con anterioridad a tal fecha, así como a los funcionarios civiles. Es conocida la raigambre italiana de esta figura de las “sentencias aditivas”. Sobre la discusión doctrinal, en torno a la utilización de estas sentencias, puede verse, por todos: FIGUEROA MEJÍA, G. A.: *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Número 43, México, 2011. Sobre la utilización de estas sentencias en relación con la extensión de las políticas sociales: MARTÍN DE LA VEGA, A.: *La sentencia constitucional en Italia-Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid, CEPC, 2003, en especial, p. 313 y ss. Estudia también el tema desde la perspectiva de la reparación jurisdiccional de la discriminación normativa: GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, *op.cit.*

³⁴⁸ En base a un estudio jurisprudencial realizado al respecto, Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA concluye que “el artículo 9.2 CE, o se invoca retóricamente sin directa vinculación a la *ratio decidendi*, o se invoca asociado al artículo 14 CE para reforzar la dimensión material del derecho fundamental a la igualdad y, singularmente, para ampliar los derechos reconocidos a otros sectores irrazonablemente ignorados por la ley y, por tanto, discriminados”, en “El Estado Social”, *op.cit.*, p. 166. En este sentido, PRIETO SANCHIS, afirma que, “la presencia de un argumento de igualdad *de iure*, o ante la ley, significa que, de entrada, no existía un derecho a prestaciones, pero que, dada la opción legislativa en favor de ofrecer esas prestaciones a ciertos destinatarios, un imperativo de racionalidad o coherencia exige su extensión a otros sujetos” (p. 37), y pone el siguiente ejemplo: “si los poderes públicos deciden entregar viviendas gratuitas a una cierta categoría de personas y utilizan en la delimitación de esa categoría, un criterio irracional, falto de proporción o de cualquier modo infundado; entonces, una pretensión de igualdad material, en principio no exigible ante el Tribunal Constitucional, se fortalece o adquiere virtualidad gracias al concurso de la igualdad formal”, en “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, *op.cit.*, p. 35. Por su parte, Sandra FREDMAN defiende que “where the benefit afforded by the state is entirely in its discretion, the

constituye este precepto ha de entenderse a su vez bajo el influjo del artículo 9.2 CE, lo que implica un cierto desapego a los postulados de la inteligencia formal o *de iure* de la igualdad, aunque sin arrinconarlos completamente. Se pretende diferenciar para compensar, pero sin caer en discriminación o lesión de otros derechos fundamentales. Este entendimiento bifronte de la igualdad ha de ilustrar la revisión jurisdiccional de las políticas sociales, y no sólo porque el mandato constitucional de igualdad real constituye el objeto de las mismas, sino porque sobre el poder judicial, como poder público, pende también la obligación que impone el artículo 9.2 CE. Por tanto, dado que el límite de este último es el artículo 14 CE, habrá de examinarse jurisdiccionalmente la legitimidad constitucional de las diferenciaciones que hagan las normas protectoras (criterios de selección de beneficiarios de la protección y consecuentes exclusiones) bajo el prisma de tal precepto, sometiéndolas al filtro del juicio de igualdad³⁴⁹, si bien integrando en dicho marco interpretativo los postulados de la igualdad sustancial³⁵⁰.

Pero ¿cómo se realiza tal integración? ¿Y qué rol juega la vulnerabilidad en dicho marco interpretativo?

courts are left to asses no more that whether the state's exclusion of a particular class is discriminatory or not", en "Providing equality: substantive equality...*op.cit.*, p. 180.

³⁴⁹ En palabras de Marc CARRILLO, "[a] partir del principio general del ordenamiento jurídico que impulsa a los poderes públicos a remover los obstáculos que de hecho impiden el ejercicio efectivo de los derechos y libertades, a través de la actividad de promoción y fomento u otras vías de procura asistencial (artículo 3.2 de la Constitución italiana de 1947, 9.2 CE), el legislador debe justificar a través del test de razonabilidad, la constitucionalidad de la diversidad normativa que propone", en "La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley", en *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 36, noviembre 1999, pp. 69 y ss., p. 72.

³⁵⁰ Sin embargo, la doctrina especula sobre las posibilidades de robustecer la exigibilidad del 9.2 CE. En este sentido, Encarna CARMONA preconiza una comprensión avanzada del 14 y del 9.2 CE, en virtud de la cual dentro de la prohibición de discriminación se considere incluida la proscripción de discriminación por igualación. No obstante, dicha comprensión debería interpretarse, según la autora, de forma restrictiva, dado el riesgo que se corre de que sean los jueces quienes decidan quiénes merecen un trato diverso y quiénes no, invadiendo el espacio del legislador. En: «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos...*op.cit.*, pp. 751 y ss. Por su parte, Gregorio PECES BARBA propone interpretar que el 9.2 CE confiere a los ciudadanos un derecho a salvaguardar las necesidades mínimas, como son las de sanidad, vivienda o seguridad social, de manera que, siempre que se canalizara razonablemente, debería ser posible exigir al legislador, *ex* 9.2 CE, la satisfacción de determinadas necesidades básicas, pues de lo contrario el valor libertad del artículo 1.1 CE se vería anulado. En *Curso de derechos fundamentales (Teoría General)*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, pp. 290-293. Por último, Francisco CAAMAÑO afirma que en el contexto de heterogeneidad cultural y social instaurado con la inmigración producto de la globalización, "si la igualdad no quiere ser un arma de uniformidad en manos de la mayoría debe incorporar, por paradójico que resulte, una dimensión diferenciadora, que garantice el trato desigual de lo desigual": en "De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad...*op.cit.*, p.110.

Para la exposición de esta idea se utilizará la reconstrucción del juicio de igualdad propuesta por GIMÉNEZ GLÜCK³⁵¹, a la que éste llega tras un análisis crítico, apoyado en Derecho Comparado, de la utilización de dicho escrutinio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y con la que pretende ganar en claridad y, por ende, en seguridad jurídica. En virtud de tal reconstrucción, que entraña una crítica al concepto de razonabilidad- crítica, por cierto, en la que no está solo³⁵²-, el juicio de igualdad se divide a su vez en dos sub-juicios, racionalidad de la diferencia, y proporcionalidad. Sub-juicios a los que ha de preceder la constatación de un requisito previo: se ha de partir de dos supuestos comparables, es decir, que no sean tan distintos entre sí que ni siquiera pueda entrar en juego el juicio de igualdad.

El juicio de racionalidad consiste en determinar la legitimidad de la clasificación legislativa, es decir, valorar si los supuestos que tal clasificación determina diferentes, realmente lo son, pero no en abstracto, sino con respecto al fundamento de la regulación cuestionada. Para ello, según explica el autor, “el juicio de racionalidad utiliza dos parámetros: a) la clasificación legislativa ha de tener una razón de ser o fundamento constitucionalmente admisible; y b) respecto a dicho fundamento, las situaciones jurídicas que se categorizan han de ser diferentes”³⁵³.

Constatada la racionalidad de la diferenciación trazada por la ley, se someterá la misma al tamiz de la proporcionalidad, atendiendo, por tanto, a la constitucionalidad de la finalidad que persigue, la adecuación de la medida adoptada para su consecución, la necesidad de dicha medida-inexistencia de otra igual de idónea, pero menos lesiva de la igualdad- y a la proporcionalidad en sentido estricto

³⁵¹ *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, *op.cit.* Otro estudio sobre el control constitucional abstracto de la igualdad: GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

³⁵² Alfonso RUIZ MIGUEL, por ejemplo, destaca la “excesiva vaguedad que en nuestro sistema mantiene la exigencia de la razonabilidad como criterio de la igualdad en la ley”, en “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Ed.): *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 155-199.

³⁵³ GIMÉNEZ GLÜCK, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, *op.cit.*, pp. 81-82. De acuerdo con el estudio realizado por el autor, el Tribunal Constitucional casi siempre aplica, de modo implícito o explícito, estos parámetros (pp. 88-90). Sin embargo, hay veces que hace lo mismo que el Tribunal Europeo, es decir, “sin rechazar *ab initio* el término de comparación, entra a compararlo con la situación jurídica impugnada, pero atendiendo para ello, no a la relación con el fundamento de la distinción, sino a la diferencias fácticas existentes entre ellas, sin ni siquiera aludir a tal fundamento o razón de ser de la norma que se discute”. En la misma línea, PRIETO SANCHÍS afirma que, “postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial no proporciona ningún avance, si no añadimos para qué, o en función de qué regulación jurídica debe serlo”, en “Los derechos sociales y el principio de igualdad”, *op.cit.*, p. 24.

de la misma, ponderando los resultados positivos que se obtendrían con su aplicación, frente al daño causado al grupo o personas perjudicados por la diferencia normativa³⁵⁴.

En la aplicación de esta reconstrucción del juicio de igualdad a las políticas sociales o compensatorias, la desigualdad material constituirá, en el contexto del juicio de racionalidad, el fundamento de la diferenciación normativa, es decir, el prisma desde el cual dilucidar si los supuestos de hecho que la norma diferencia en verdad son diversos, o bien son iguales. Por otra parte, en el juicio de proporcionalidad, la igualdad material fungirá como finalidad constitucionalmente legítima de la diferencia de trato.

El marco interpretativo de las políticas sociales dirigidas específicamente a personas o colectivos vulnerables, será algo más concreto. En primer lugar, será la dificultad de ejercicio de uno o varios derechos fundamentales, como forma de desigualdad material, lo que constituya el fundamento con respecto al que se ha de valorar la corrección de la clasificación normativa (racionalidad). Es decir, la cuestión a resolver será si dos supuestos determinados son o no diferentes desde el prisma de la dificultad de ejercicio iusfundamental.

Por otra parte, el disfrute real y efectivo de derechos fundamentales, como forma de cumplimiento de la igualdad material, fungirá de finalidad constitucionalmente ordenada (no sólo legítima) en el sub-juicio de proporcionalidad. Y por ende, la fusión de ambas, de esta finalidad ordenada y de la vulnerabilidad, orienta también la determinación de la “idoneidad” demandada en el sub-juicio de proporcionalidad, de manera que la norma de protección será idónea en la medida en que sirva para remover los obstáculos que dificultan severamente el ejercicio de uno o varios derechos fundamentales del vulnerable.

Por tanto, la vulnerabilidad funcionaría como rasgo diferencial que proporciona la racionalidad de las clasificaciones normativas recogidas en las políticas destinadas a promover el ejercicio efectivo de derechos fundamentales. Además, dada la naturaleza graduable de la vulnerabilidad, ésta también servirá como estándar o indicador, como criterio clasificador de la posición que ocupan los diferentes grupos o personas respecto a tales normas.

³⁵⁴ GIMENEZ GLÜCK, D.: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, op.cit., pp. 91 y ss.

La vulnerabilidad como situación jurídicamente relevante frente al fundamento de la dificultad de ejercicio iusfundamental, así como el disfrute real y efectivo de derechos fundamentales como finalidad de la medida, satisfarían varios requisitos del juicio de igualdad, y esto sería de aplicación en las diferentes variantes del mismo (siempre que se aplique a políticas dirigidas a personas o grupos vulnerables), a saber, el juicio ordinario o de mínimos, y el denominado juicio intermedio³⁵⁵.

El juicio intermedio constituye la versión edulcorada del juicio estricto de igualdad. Éste último se aplica para determinar la constitucionalidad de la diferencia de trato inserta en normas que afecten a derechos fundamentales -los desarrollen, posibiliten o limiten-, o bien diferencien en base a criterios que constituyen categorías sospechosas de discriminación (enumeradas en el artículo 14 CE). En estos casos, los excluidos podrán reclamar judicialmente la inclusión en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, invocando el derecho del que son titulares en relación con el derecho a la igualdad (artículo 14 CE), o bien, cuando queden fuera de aquel ámbito en virtud de una diferenciación basada en las categorías sospechosas del artículo 14 CE, invocando este precepto en relación con la concreta medida diferenciadora³⁵⁶. Existe en este ámbito una presunción contra el legislador, por utilizar tales criterios de diferenciación especialmente vedados, o bien por establecer diferencias en las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales³⁵⁷.

Pues bien, este juicio estricto se atempera, transformándose en uno intermedio, cuando las normas que diferencien en base a categorías sospechosas, o

³⁵⁵ Sobre el juicio intermedio de igualdad: GIMENEZ GLUCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional...* *op.cit.*, pp. 310 y ss. FREDMAN, S.: “Providing equality: substantive equality and the positive duty to provide”, *op.cit.*, p. 183.

³⁵⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite al legislador”, en REDC, n° 9, septiembre-diciembre 1983, pp. 71-114, p. 107.

³⁵⁷ En este sentido, GIMÉNEZ GLÜCK afirma que, según el Tribunal Constitucional, “respecto al artículo 14 CE, existe una presunción de constitucionalidad de los actos normativos, a no ser que dichos actos sean discriminatorios -esto es, que utilicen los rasgos sospechosos-, o vulneren derechos fundamentales, en cuyo caso la presunción de constitucionalidad desaparece”, en *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, *op.cit.*, p. 267. Sin embargo, también afirma que ello parece teóricamente aceptado en España, la realidad es que las situaciones donde se han planteado casos concretos de diferencias normativas respecto a determinados derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se ha centrado en la violación de dicho derecho fundamental y ha dejado en segundo plano el análisis de la supuesta violación del artículo 14 CE (p. 268).

en temas vinculados a derechos fundamentales, persigan la realización de la igualdad material³⁵⁸. La flexibilización proviene de que, como se ha explicado más arriba, la igualdad material satisface varios de los requisitos que integran el juicio estricto. En primer lugar, la igualdad material, al igual que el disfrute real y efectivo de derechos fundamentales, como finalidades de la diferencia normativa, satisfacen la exigencia de que tal finalidad sea constitucionalmente deseable, no sólo legítima o aceptable (como ocurre en el juicio ordinario³⁵⁹). Y es que aquéllas finalidades no son sólo deseables, sino también constitucionalmente impuestas por el artículo 9.2 CE.

Además, mientras que en el juicio estricto, a diferencia de lo que ocurre en el de mínimos, Parlamento³⁶⁰ o Gobierno deben probar, en la fase del juicio de proporcionalidad, la “necesidad” de la diferencia normativa, es decir, que ésta es la menos nociva para la igualdad de todas las opciones adecuadas existentes³⁶¹; cuando la norma persigue la igualdad sustancial, el escrutinio judicial ha de ser menos intenso, por lo que hay autores que abogan por eliminar el requisito de “necesidad” en el juicio intermedio³⁶².

No obstante, cuando se trata de la revisión jurisdiccional de regulaciones de política económica y social estrictamente hablando, es decir, de medidas protectoras que no desarrollan derechos fundamentales, sino principios rectores, o bien directamente el genérico mandato de igualdad real, y que además no diferencian en

³⁵⁸ Tal sería el caso de un decreto que convoque una beca de estudios (que posibilita el derecho a la educación) y que excluya a los extranjeros irregulares, o de normas que diferencien por razón de género en el régimen de pensiones, como ocurría en el caso que resolvió la STC 103/1983, de 22 de noviembre, en la que el Tribunal amplió para los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas. Sandra FREDMAN realiza un análisis jurisprudencial comparado (que incluye Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Sudáfrica) y concluye que existe consenso en la necesidad de controlar jurisdiccionalmente la razonabilidad de la categorización, en los casos de exclusión de grupos en desventaja de normas de protección social vinculada a derechos fundamentales, o bien que utilizan categorías sospechosas de discriminación como base de la diferenciación efectuada. En “Providing equality: substantive equality... *op.cit.*

³⁵⁹ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, *op.cit.*, p. 283; PÉREZ LUÑO, A.E.: *Las dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 34, Dykinson, Madrid, 2007, p. 13.

³⁶⁰ Sobre la facultad de las Cortes de personarse en el proceso de constitucionalidad para defender la adecuación a la Norma Fundamental de una norma por ellas aprobada, y la sistemática dejación de dichas facultades: SÁNCHEZ NAVARRO, A. J.: *La actividad de las Cortes Generales en defensa de la constitucionalidad de las leyes*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, Valencia, 2004.

³⁶¹ GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, *op.cit.*, p. 304. No obstante, a pesar de que teóricamente, y en la jurisprudencia comparada, la “necesidad” aparece como criterio integrante del juicio estricto de igualdad, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional analizada por el autor, aquél nunca menciona expresamente dicho criterio.

³⁶² FREDMAN, S.: “Providing equality: substantive equality... *op.cit.*, 183.

base a categorías sospechosas de discriminación³⁶³, corresponde aplicar el juicio ordinario de igualdad o **juicio de mínimos** que, como la propia palabra indica, supone un control muy laxo de la medida compensatoria³⁶⁴. El cuestionamiento de este tipo de políticas públicas, provendrá generalmente de personas o grupos excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de las mismas, que son también quienes ostentan la carga de probar el trato discriminatorio o la lesión de su derecho a la igualdad, frente a la presunción a favor del legislador generalmente existente en un Estado de Derecho.

El juicio de mínimos tan sólo implicará constatar la racionalidad de la diferencia normativa (en base a la vulnerabilidad), la finalidad constitucionalmente legítima de la misma (disfrute real y efectivo de derechos fundamentales), y su idoneidad (atendiendo a la relación entre la situación de vulnerabilidad y la medida concreta), y ante la no exigibilidad del requisito de “necesidad” en el juicio de mínimos, restaría exclusivamente acreditar la proporcionalidad en sentido estricto para determinar la constitucionalidad de la medida. Aun así, en el juicio de mínimos existe una gran deferencia hacia los órganos democráticamente legitimados para decidir sobre la distribución de recursos escasos y la configuración de la concreta política social³⁶⁵.

En conclusión, la vulnerabilidad se presenta como un criterio constitucionalmente adecuado para seleccionar los destinatarios de las políticas sociales, es decir, para determinar – de forma no excluyente- qué personas o grupos deben/pueden “entrar” en el ámbito del artículo 9.2 CE, evitando estigmatizaciones o generalizaciones prejuiciosas. De esta forma, dicha categoría facilitaría a los poderes públicos el cumplimiento del mandato de igualdad real y efectiva³⁶⁶, pues

³⁶³ Por ejemplo, si se excluye a los inmigrantes irregulares de los concursos para las viviendas de protección oficial.

³⁶⁴ CRUZ VILLALÓN, P.: “El concepto de igualdad y conceptos afines”, en *Jornadas sobre derechos individuales en la Constitución Española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, Fundación el Monte, Sevilla, 1993, pp. 39-46.

³⁶⁵ Un reciente trabajo sobre las objeciones democráticas al control judicial de la ley: MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, D.: *Control judicial y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, CEPC, Madrid, 2011.

³⁶⁶ En este sentido, la vulnerabilidad (en la comprensión jurídica del término), al igual que la más arriba referida *intersectionality*, podría encuadrarse dentro de las aportaciones doctrinales respecto a “las potencialidades de normación social avanzada que posee el 9.2 CE”, de las que habla ÁNGEL GARRORENA MORALES en *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p.74.

integrándose en el juicio de igualdad, dotaría de mayor transparencia, automatismo, y seguridad jurídica, tanto a las decisiones del legislativo y del ejecutivo respecto a qué grupos o personas merecen ser destinatarios de qué políticas públicas, como a las resoluciones judiciales que las revisen. Ello respondería a una demanda reiterada, por parte de la doctrina, de criterios que aporten seguridad jurídica en este ámbito³⁶⁷.

La vulnerabilidad, sobre todo la de carácter sectorial, sería especialmente útil en la selección y justificación de los destinatarios y del contenido de las normas de protección conectadas a derechos fundamentales, en el marco del juicio de igualdad intermedio. Por ejemplo, a quien no puede ejercer en igualdad de condiciones su derecho a la educación universitaria por no contar con recursos económicos, se le podría otorgar una beca; o a quien, por estar privado de libertad, no puede ejercer plenamente su libertad religiosa, por no poder celebrar el culto o asistir a su templo, se le procura la asistencia de un ministro de culto en las instalaciones penitenciarias³⁶⁸.

Cuando la norma protectora no se vincula directamente con un derecho fundamental concreto, sería la vulnerabilidad generalizada la que podría coadyuvar a

³⁶⁷ GIMENEZ GLUCK defiende que el concepto de acción positiva “adolece de una indeterminación muy importante: no especifica la característica que permite a los grupos que se citan [se refiere a las mujeres y minorías] y no a otros beneficiarse de las medidas” y que “dar solución a esta indeterminación es, por tanto, no sólo un problema de concepto; es un aspecto crucial para justificar constitucionalmente las acciones positivas”. Frente a esto, el autor propone la utilización de las categorías sospechosas de discriminación del 14 CE con ese fin, de manera que serán “acciones positivas que respetan el principio de racionalidad las que se basen en rasgos, preferentemente transparentes e inmodificables, que den lugar a cláusulas específicas de no discriminación”. En *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, *op.cit.*, pp. 318- 320. Con el mismo propósito de afinar cada vez más en el cumplimiento de la igualdad material, Fernando REY sugiere la utilización del concepto de discriminación múltiple; tanto como principio de acción social, para guiar la decisión de los poderes públicos en la selección de los grupos-diana de sus políticas de igualdad de oportunidades, como criterio de interpretación jurídica. En “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *op.cit.* También en busca de las características que deben cumplir determinados colectivos para justificar un reconocimiento de la diferencia, se ha distinguido entre minorías culturales y transversales (mujeres, niños, homosexuales), en MARTÍN VIDA, M.A: “Igualdad, diferencia y reconocimiento de derechos específicos en el contexto de las sociedades multiculturales: las reivindicaciones de las minorías culturales y de otros colectivos”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 715-728.

³⁶⁸ La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*, establece, en su artículo 54, que “la Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse”. Por su parte, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, *de Libertad Religiosa*, establece, en su artículo 2.3, que “los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia”.

justificar la elección de los grupos diana de las políticas públicas, en el marco del juicio de mínimos. Serviría, por ejemplo, para justificar la tutela y guarda administrativa a los menores de edad en desamparo, que dada su falta de autonomía no pueden ejercer por sí solos la mayoría de los derechos fundamentales, y están, por ello, esencialmente expuestos a discriminaciones u otras lesiones iusfundamentales. En este sentido, lo que generalmente realizan las normas que implementan los principios rectores del Capítulo III del Título I CE es establecer unas condiciones mínimas (protección de la infancia, de la tercera edad, de la salud, seguridad social, vivienda, etc.) sin cuya satisfacción sería muy difícil pensar en el pleno disfrute de la generalidad de los derechos fundamentales. Por tanto, la vulnerabilidad contribuiría a delimitar de forma más certera lo que “los mínimos” del juicio del mismo nombre implican, dotando a tal marco interpretativo de una significación que, aunque sea mínima, aporta al sistema una dosis de transparencia y seguridad jurídica³⁶⁹.

ii. El mandato de tutela judicial reforzada.

a. Frente a los vulnerables en general.

Además de su significación o utilidad en el juicio de igualdad, la presencia de una persona o grupo vulnerable genera, según diversas construcciones de carácter tanto doctrinal como jurisprudencial, un mandato de tutela judicial reforzada. Es decir, de acuerdo con dichas construcciones, los mismos jueces, como poderes públicos destinatarios del mandato del artículo 9.2 CE, deben, además de controlar si otros poderes del Estado han cumplido con las exigencias de la igualdad material, proporcionar una protección reforzada a los vulnerables. A continuación se

³⁶⁹ FREDMAN, S.: “Providing equality: substantive equality and the positive duty to provide”, *op.cit.*, p. 176. La autora defiende que la deferencia judicial, especialmente en casos en que las medidas de protección social excluyen a personas en situación de vulnerabilidad o desventaja, no debe ser total, sino que el Gobierno o el Parlamento deben justificar la exclusión y los jueces controlar la razonabilidad de la justificación. Asimismo, señala la importancia de definir “desventaja”, así como de elaborar criterios adecuados de elección, que guíen la desangelada actuación de los poderes públicos en el marco de los todavía imprecisos y desdibujados objetivos y parámetros de la igualdad real

abordarán las reglas que se han sugerido en este sentido, tanto desde un enfoque formal o procedimental, como sustantivo.

a.1. La perspectiva procedimental: el Tribunal Supremo de Estados Unidos y John Hart Ely.

Esta regla de tutela judicial reforzada se fragua sobre una base jurisprudencial-circumscribida temporalmente a un corto periodo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos-, y se termina de construir posteriormente, en el plano doctrinal. Hasta el momento, dicha construcción no ha trascendido de dicho plano, siendo además minoritaria la doctrina que la considera viable.

La construcción se enmarca en el control abstracto de constitucionalidad desde una perspectiva procedimental. En concreto, se fraguó a raíz de la famosa *Footnote n°4* de la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Caroline Products*³⁷⁰. En virtud de la misma, determinados grupos de personas no tienen posibilidad de influir o formar parte de la mayoría democrática que decide, por lo que no pueden confiar en el procedimiento democrático para protegerse de la explotación o el abuso de la mayoría³⁷¹. Es decir, ciertos grupos, calificados por aquélla sentencia de “discrete and insular minorities”³⁷², padecen una debilidad política (“political powerless”³⁷³) derivada de la dificultad a la que se enfrentan para hacer conocer sus intereses, o para asociarse con otros grupos en su defensa en el

³⁷⁰ *United States v. Carolene Products CO.*, 304 U.S. 144 (1938). La parte más relevante de la nota a pie 4 dice literalmente lo siguiente: “Prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and [so] may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”

³⁷¹ ROY, J.A.: “Caroline Products: A Game-Theoretic Approach”, en *Brigham Young University Law Review*, 53, 2002, pp. 53-110, p. 53.

³⁷² La expresión se ha traducido por la doctrina española como “minorías discretas e insulares”. Mientras parece haber consenso respecto a la connotación de “insular”, como aislada socialmente, no existe en cuanto al significado que el Tribunal Supremo quiso otorgar a “discretas” en este contexto. Como explica Víctor FERRERES COMELLA, mientras que para algunos autores, entre los que se incluye, “discreta” significa fácilmente identificable o “que exhiben unas características destacadamente distintas a las de los demás y que no pueden ocultar”, hay interpretaciones diversas, como la de José Antonio ESTÉVEZ ARRUJO (*La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994), que traduce discretas como “sin voz”. En *Justicia constitucional y democracia* (2ª ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 59.

³⁷³ *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432,445, 1985.

marco del proceso legislativo³⁷⁴. Ésta circunstancia, considerada un defecto estructural del sistema político mayoritario, habría de ser, según la sentencia, corregida por los jueces mediante la aplicación de la modalidad estricta del juicio de igualdad a las normas de protección que afecten peyorativamente a aquellas minorías. Podría considerarse que la intervención judicial en este sentido produciría el mismo resultado al que se habría arribado de haber intervenido la minoría en cuestión en el procedimiento legislativo.

Esta corriente ha recibido posteriormente numerosas críticas, como la falta de definición, por parte del Tribunal Supremo estadounidense, de los criterios para determinar cuándo un determinado grupo puede considerarse una “discrete and insular minority”³⁷⁵. A pesar de ello, algunos autores, entre los que destaca John Hart ELY, han utilizado el germen teórico de *Carolene Products* para justificar un enfoque procedimental del control de constitucionalidad de la ley, que se base, más que en el contenido de la misma, en el procedimiento que llevó a su aprobación, atendiendo a aspectos relacionados con la participación y representación de las minorías en el mismo³⁷⁶. En concreto, según el autor, el juez debe proteger los derechos de participación política (sufragio, libertad de expresión, de asociación, etc.), y la no discriminación. Todo ello interpretado desde la perspectiva

³⁷⁴ En esta línea, Sandra FREDMAN defiende que la situación de desventaja que tradicionalmente ha sufrido la mujer respecto a la participación política y, de forma especial, el acceso a los cargos públicos representativos, ha implicado el sometimiento y dependencia de un cincuenta por ciento de la población (la población femenina) a las decisiones adoptadas por representantes masculinos, lo que ha contribuido a perpetuar la situación desventajosa y de desfavorecimiento referida. Como expresa la autora, “[g]roups which suffer discrimination do not usually have full access to political avenues; political means, while apparently more democratic, may not be accessible to vulnerable minorities or women”, en “Providing equality: substantive equality and the positive duty to provide”, *op.cit.*, p. 169.

³⁷⁵ ROY, J.A.: “Carolene Products: A Game-Theoretic Approach”, *op.cit.*, p. 54.

³⁷⁶ ELY, J.H.: *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980. Esta obra se considera el esfuerzo doctrinal más relevante por desentrañar las consecuencias que la *Footnote 4* podría tener con respecto al control de constitucionalidad de la ley. De acuerdo con ELY, la fundamentación sustantiva-basada en el respeto a los valores y principios constitucionales-del control de constitucionalidad de la ley, es insatisfactoria. En primer lugar, el autor critica el “interpretativismo” por defender el carácter omnicompreensivo de la Constitución, ya que considera que la misma, ni es, ni puede ser un interminable catálogo de normas explícitas o implícitas susceptibles de solucionar cualquier problema constitucional. Asimismo, rechaza el “no interpretativismo”, que preconiza la necesidad de construir, por parte del juez constitucional, normas que trasciendan el catálogo constitucional, dada la imposibilidad de que la solución a cualquier problema constitucional se halle ínsita en la Carta Magna. El autor realiza un viraje argumentativo y acude a razones de carácter procedimental para justificar la legitimidad democrática del control de constitucionalidad de la ley. Según su razonamiento, el objetivo principal de la Constitución norteamericana no era la salvaguarda de los valores, sino de los procedimientos.

procedimental, no sustantiva, en virtud de la cual, una minoría será discriminada por una norma cuando durante el procedimiento legislativo, y debido a los prejuicios de la mayoría, sus intereses no sean tratados con el mismo respeto y consideración que los de aquélla³⁷⁷. Esto puede ocurrir, bien cuando con la norma se pretende perjudicar a dicho grupo, o bien cuando la misma sea fruto de generalizaciones excesivas³⁷⁸. La propuesta del autor consiste en someter a un control constitucional estricto a todas aquéllas regulaciones que perjudiquen a minorías discretas e insulares, por ser sospechosas de haberse aprobado en un procedimiento legislativo distorsionado por los prejuicios y ser, por tanto, discriminadoras.

La principal repercusión doctrinal de la tesis de ELY responde a las críticas de sus detractores, que se centran generalmente en la imposibilidad de evadir los juicios de valor sustantivos en el control de constitucionalidad, concretamente, en la determinación de si existe o no discriminación³⁷⁹. No obstante, en algunos casos se han realizado reformulaciones doctrinales de la teoría del autor, como es el caso, en nuestro país, de la desarrollada por Víctor FERRERES. La versión muy sintetizada de ésta reformulación, sería que estaría justificado un mayor nivel de sospecha frente al legislador por parte del juez constitucional “cuando la ley afecta a un derecho de participación o cuando afecta desfavorablemente los intereses de grupos que se encuentran con dificultades para interactuar con otros grupos en la sociedad y en la política. En los demás casos, el juez debería actuar con mayor deferencia hacia el legislador”³⁸⁰.

Por otro lado, a pesar de que, según ELY, la Warren Court³⁸¹ había aplicado los postulados en los que el autor basa su teoría, la repercusión de los mismos en la

³⁷⁷ FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, op.cit., p. 58.

³⁷⁸ BOYTON, B.: “Democracy and distrust alter 20 years: Ely’s process theory and Constitutional Law from 1990 to 2000”, en *Stanford Law Review*, vol. 53, n° 2, 2000-2001, pp. 397-446.

³⁷⁹ *Idem*, p. 19. Asimismo, según Víctor FERRERES, “la teoría de ELY fracasa en su pretensión de encajar el derecho a no ser discriminado dentro de un modelo procedimental. Una interpretación plausible de éste derecho abre necesariamente la puerta a interpretaciones sustantivas”, en *Justicia constitucional y democracia*, p. 62.

³⁸⁰ FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, p. 63. En sentido contrario, realizando un estudio crítico del control de constitucionalidad de la ley en materia de derechos fundamentales, principalmente de aquél que se realiza desde una perspectiva procedimental: MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, D.: *Control judicial y derechos fundamentales*, op.cit.

³⁸¹ BOYTON, B.: “Democracy and distrust... op.cit., p. 422. Se denominó Warren Court al Tribunal Supremo de Estados Unidos desde 1953 hasta 1969, mientras fue presidido por Earl Warren.

jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de acuerdo con los estudios realizados, es muy limitada y casi inconsciente, aunque quizá encuentra un reflejo en la férrea protección que dicha Corte ofrece al derecho de sufragio. No obstante, el enfoque de la misma para controlar la constitucionalidad de la ley ha sido hasta ahora sustantivo, no procedimental, por ende, la influencia del autor es verdaderamente limitada³⁸².

En el ámbito europeo, hay quien ha querido ver un rastro de las tesis de ELY en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en concreto, en su aplicación de la teoría de las obligaciones positivas del Estado en el ámbito de los derechos políticos³⁸³.

A pesar del tímido influjo real que esta teoría ha tenido, la misma se ha traído a colación porque sus postulados serían especialmente útiles para justificar una protección constitucional intensa de los menores extranjeros no acompañados. La confluencia de minoría de edad, extranjería y desamparo, conduce a este colectivo a una situación de notable dificultad para la interacción social³⁸⁴, y de debilidad política extraordinaria, lo que les convierte en especialmente susceptibles frente a los prejuicios de la mayoría. No sólo están doblemente excluidos de la participación política, dada su condición de menores y de extranjeros³⁸⁵, sino que, además, al carecer de adultos de ellos responsables que velen por sus intereses, corren el riesgo real de permanecer invisibilizados en los mencionados procedimientos. Asimismo, la condición de extranjero suele conllevar el desconocimiento del idioma y de las costumbres, lo que unido a la precariedad e incertidumbre a la que se enfrentan, y a edades tan tempranas, suele provocar situaciones de marginalidad, que constituyen un caldo de cultivo privilegiado para el prejuicio.

La debilidad política, consistente en la imposibilidad o dificultad agravada de ejercicio de los derechos de participación, constituye una situación de vulnerabilidad sectorial (respecto a derechos políticos), que conllevaría, siguiendo estas teorías, una

³⁸² *Idem*, pp. 445-446.

³⁸³ O'CONNELL, R.: "Realising political equality: the European Court of Human Rights and positive obligations in a democracy", en: *Northern Ireland Legal Quarterly*, 61, 2010, pp. 263-279.

³⁸⁴ La idea de ELY es que la interacción social entre los diferentes grupos contribuye a minimizar o evitar los prejuicios. En FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, p. 59.

³⁸⁵ ELY mencionaba la extranjería como uno de los criterios sospechosos de clasificación, no sólo porque los extranjeros no tienen derecho a voto, sino por su falta de interacción social (sobre todo si son recién llegados) con el legislador. En BOYTON, B.: "Democracy and distrust...*op.cit.*", p. 414.

situación de vulnerabilidad general, dada la repercusión negativa que la falta de consideración de sus intereses en los procesos que configuran su estatuto jurídico, tendría en el contenido de dicho estatuto.

Aplicando la teoría de ELY, correspondería un control estricto de igualdad sobre aquéllas regulaciones que perjudiquen a los menores extranjeros no acompañados, por ejemplo, aquéllas normas de protección de menores que los excluyan, o bien aquéllas normas motivadas por generalizaciones en torno a la inmigración, que no tuvieran suficientemente en cuenta la protección que como menores merecen. A esta misma conclusión se llegaría aplicando la reconstrucción de la teoría de ELY elaborada por FERRERES, en virtud de la cual el juez constitucional debería presentar un mayor grado de sospecha frente al legislador cuando la regulación en cuestión afecte desfavorablemente los intereses de los menores no acompañados, por constituir éstos un grupo con dificultades para interactuar con otros grupos en la sociedad y en la política.

a.2. La perspectiva sustantiva: Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.

La segunda construcción teórica a favor del reforzamiento de la tutela judicial de los vulnerables, relativamente consolidada en la práctica, tiene su origen, por una parte, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por otra, y sólo parcialmente, en la doctrina de las categorías sospechosas de discriminación del Tribunal Constitucional. Consistiría, en primer lugar, en la aplicación de un control de constitucionalidad más estricto de las restricciones de derechos fundamentales de personas vulnerables, así como de las diferencias de trato que les afecten, pero esta vez desde una perspectiva sustantiva; y en segundo lugar, en la intensificación de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado cuando se proyecten sobre personas vulnerables, lo que se traduce, en el plano jurisdiccional, en la inversión de la carga de la prueba.

A continuación se analizará un poco más pausadamente cada una de estas reglas hermenéuticas, comenzando por las provenientes del Tribunal de Estrasburgo, que son las siguientes:

1. La necesidad de una **aplicación más estricta del juicio de proporcionalidad** a los condicionamientos que se realicen sobre los derechos fundamentales de los vulnerables.

El Tribunal ha defendido reiteradamente que “si una restricción de un derecho fundamental se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad, [...] el margen de apreciación del Estado es sustancialmente menor, y deben existir razones de mucho peso para aplicar la restricción en cuestión [...]. La justificación para aplicar este enfoque, que cuestiona determinadas clasificaciones *per se*, es que tales grupos han sido históricamente víctimas de discriminación con consecuencias duraderas, lo que ha derivado en su exclusión social. Dicho prejuicio o discriminación puede derivar en estereotipos legislativos que impidan la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades”³⁸⁶. De esta forma, ha de intensificarse la justificación de las intrusiones sobre los derechos fundamentales de las personas vulnerables³⁸⁷. El Tribunal ha aplicado esta teoría con respecto a distintos grupos, como los discapacitados intelectuales o los enfermos mentales.

2. Vista la misma regla desde otro ángulo, se afirma que se deberá aplicar la modalidad más **estricta del juicio de igualdad** a las diferencias de trato que les afecten. Por ejemplo, con respecto a la discriminación de la mujer, el Tribunal ha repetido que se necesitarán razones de mucho peso para que una diferencia de trato basada en el sexo sea compatible con la Convención³⁸⁸. Lo mismo ha defendido

³⁸⁶ A modo de ejemplo, STEDH de 20 de mayo de 2010, caso *Alajos Kiss contra Hungría*, párrafo 42. En este caso, se cuestiona la privación del derecho de sufragio a una persona parcialmente incapacitada tras haberle sido diagnosticado un trastorno maniaco-depresivo. El Tribunal estimó el recurso aduciendo que, si bien la finalidad de la restricción del derecho, la de asegurar que sólo ciudadanos capaces de valorar las consecuencias de sus actos y de decidir de forma juiciosa y madura, participaran en los asuntos públicos, era legítima, la restricción generalizada era desproporcionada. En el mismo sentido: STEDH de 29 de enero de 2013, caso *Horvath y Kiss contra Hungría*.

³⁸⁷ La STEDH de 2 de octubre de 2012, caso *Plesó contra Hungría* (párrs 65-66), establece que el internamiento forzoso en una institución de salud mental a una persona, sin haber probado suficientemente la necesidad de medida, vulnera el artículo 5 del Convenio (derecho a la libertad y seguridad). En la misma línea: STEDH de 22 de enero de 2013, caso *Mihailovs contra Letonia*, párr. 149.

³⁸⁸ Entre muchas otras, STEDH de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz, Cabales and Balkandali contra Reino Unido*, párr. 78.

con respecto a otros criterios de diferenciación, como la raza, la orientación sexual³⁸⁹, etc.

3. Por otra parte, se exige una especial protección y consideración a las necesidades específicas de los vulnerables, tanto en el marco legislativo y ejecutivo, como en el jurisprudencial³⁹⁰. Este mandato, al que algún autor se ha referido como el “principio de preferencia a grupos en situación de riesgo o vulnerabilidad”³⁹¹, supone una especificación e intensificación de la teoría de las obligaciones positivas del Estado (que implican explorar y potenciar la dimensión prestacional de derechos de corte liberal), para los supuestos en que los destinatarios de la protección sean personas vulnerables³⁹². Adicionalmente, las obligaciones positivas del Estado respecto a las personas vulnerables trascienden al ámbito jurisdiccional a través de la **inversión de la carga de la prueba**.

³⁸⁹ La STEDH de 22 de enero de 2008, caso *E.B. contra Francia*, condena a este país por haber discriminado por razón de orientación sexual respecto a la adopción monoparental.

³⁹⁰ Esta posición se observa claramente en la jurisprudencia del Tribunal con respecto a las personas gitanas, máxime si además son mujeres y/o menores de edad. En la STEDH de 16 de marzo de 2012, caso *Oršuš y otros contra Croacia* (párr. 147-148), se afirma que “como resultado de su turbulenta historia y su continuo desarraigo, la comunidad gitana se ha convertido en un tipo específico de minoría vulnerable y en desventaja. Por consiguiente, requiere protección especial. Su posición vulnerable significa que debe darse una consideración especial a sus necesidades y su estilo de vida, tanto en el marco regulatorio relevante, como en las decisiones que se adopten en los casos particulares”. En la misma línea: STEDH de 29 de enero de 2013, caso *Horvath y Kiss contra Hungría* (párr. 102).

³⁹¹ SANTOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ RICCI, S.M: “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de los grupos vulnerables”, en GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., SANTOLAYA MACHETTI, P., CANOSA USERA, R. (Ed.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas- Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 273- 309, p. 287.

³⁹² En el caso *Durdevic contra Croacia*, de 19 de Julio de 2011, (párrafo 102), el Tribunal afirma que “la obligación de los Estados miembros en virtud del artículo 1 de la Convención de asegurar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Convención, junto al artículo 3, requiere que el Estado adopte medidas dirigidas a asegurar que los individuos en su jurisdicción no sean sometidos a torturas o tratos o penas inhumanos o degradantes, incluyendo el maltrato proveniente de individuos privados[...]. Estas medidas deben proporcionar una protección efectiva, en particular, a los niños y otras personas vulnerables, incluyendo los pasos razonables para evitar los malos tratos de los que las autoridades han tenido/debido tener conocimiento”. Con respecto a los solicitantes de asilo, la STEDH de 21 de enero de 2011, caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, establece que, dado que estas personas se hallan en una relación de dependencia casi total respecto del Estado, el encontrarse en situación de extrema pobreza, o en condiciones materiales indignas (falta de alojamiento y de satisfacción de las necesidades esenciales de la persona) supone, siempre que el Estado no haya puesto los medios razonables a su alcance para solucionarlo, una dejación de sus obligaciones positivas derivadas del artículo 3 del Convenio, resultando por tanto en la conculcación del mismo. Es decir, cuando se trata de personas que se consideran particularmente vulnerables, la pobreza extrema, o falta de satisfacción de las necesidades esenciales, frente a una prolongada pasividad por parte del Estado, constituyen tratos inhumanos y degradantes.

En virtud de esta última consecuencia interpretativa, será el Estado el que deba probar que ha brindado la debida protección a los vulnerables, y no al revés³⁹³. Ello se ha manifestado tradicionalmente en la jurisprudencia relacionada con la protección a los presos, a quienes la relación de sujeción especial y dependencia de las autoridades en que se hallan, les coloca en posición de vulnerabilidad. Como el Tribunal ha repetido en numerosas ocasiones, en estos casos, el Estado soporta la carga de demostrar que hizo lo razonablemente posible para evitar el maltrato, la muerte, o la degradación de la salud de quienes, por estar en prisión, se hallan bajo su custodia³⁹⁴.

Además de la inversión de la carga de la prueba, la intensificación o especificación de las obligaciones positivas del Estado se manifiesta en sede judicial, en la consideración de la peculiar situación y necesidades del colectivo vulnerable, como criterio de interpretación en la adopción de las resoluciones que les afectan³⁹⁵.

Por otra parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano garante de la Carta Social Europea, también insiste en su jurisprudencia en las obligaciones positivas del Estado respecto a las personas vulnerables³⁹⁶. De hecho, dicha Carta, a

³⁹³ En la STEDH de 8 de noviembre de 2012, *asunto Z.H contra Hungría*, se condena a este país por no haber probado que adoptó las medidas necesarias para proteger a un discapacitado físico y mental que se encontraba en prisión, de sufrir un trato inhumano y degradante.

³⁹⁴ Por todas, STEDH de 28 de julio de 1999, *caso Selmouni contra Francia*. En ella se mantiene que, cuando una persona haya sido puesta bajo custodia policial en buen estado de salud, pero en el momento de su puesta en libertad se constata que está herido, corresponde al Estado proporcionar una explicación plausible de las lesiones, a falta de la cual se aplicará el artículo 3 del Convenio (párrafo 87). Por otra parte, en la STEDH de 9 de diciembre de 2008, *caso Dzieciak contra Polonia* (párrafo 90), el Tribunal declara que “la obligación de las autoridades de responder (asumiendo la carga de la prueba) del tratamiento brindado a una persona detenida, es particularmente severa cuando la persona muere”. Sobre el particular, véase: REVIRIEGO PICÓN, F.: *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.

³⁹⁵ Verbigracia, “las obligaciones positivas del estado en casos de custodia y régimen de visitas de los hijos, tras la ruptura del vínculo familiar [...] se han concretado, sobre todo, en la necesidad de que las decisiones judiciales en esta materia tengan un trato urgente. Así, en el asunto *Stochlack* de 22 de septiembre de 2009, se condena a Polonia por las dilaciones en un proceso de secuestro de una menor por su madre y, afirma, que el Estado tiene la obligación de dotarse de un “arsenal jurídico” adecuado y suficiente que asegure el respeto de las obligaciones positivas que le incumben”. En SANTOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ RICCI, S.M: “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de los grupos vulnerables”, *op.cit.*, p. 289.

³⁹⁶ En la Resolución 9 de septiembre de 1999, *caso Comisión Internacional de Juristas contra Portugal*, el Comité afirma que la Carta reconoce “derechos no teóricos, sino efectivos”, lo que comporta unas obligaciones positivas para los Estados miembros, que en el caso en cuestión implicaban continuar “los esfuerzos para aumentar la eficacia del control ejercido respecto del trabajo infantil en el marco de la familia y los domicilios privados [...]” (párr.. 43). Un estudio de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales en materia de colectivos vulnerables puede encontrarse en: JIMENA QUESADA, L.: “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en

diferencia del Convenio, identifica categorías de personas con necesidad de protección y asistencia especial por parte de aquél, que son, entre otras, niños y adolescentes (artículo 17), personas con discapacidad (artículo 15), trabajadores migrantes (artículo 19), y personas en situación de pobreza y exclusión social (artículo 30).

Estas reglas, en las que Tribunal Europeo de Derechos Humanos plasma el mandato de tutela judicial reforzada a los vulnerables, y en especial la segunda de ellas (aplicación de la versión más estricta del juicio de igualdad a las diferencias de trato que les afecten), evocan el concepto, desarrollado tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, de **“categorías sospechosas de discriminación”**, que en nuestro país hace referencia a la lista de motivos de diferenciación explícita o implícitamente vedados por el artículo 14 de la Carta Magna (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social³⁹⁷). Criterios que, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, reflejan diferencias históricamente arraigadas, que han situado a sectores de la población en posiciones de desventaja y contradicción con la dignidad humana³⁹⁸. Si bien la lista del artículo 14 no posee carácter taxativo, la interpretación que el Tribunal Constitucional tradicionalmente ha realizado de la misma, en cuanto a criterios implícitamente incluidos, ha sido bastante restrictiva, admitiendo habitualmente, como él mismo ha reconocido, los “históricamente reconocibles de modo palmario como tales”³⁹⁹, como la orientación sexual⁴⁰⁰, la condición sexual⁴⁰¹ y la edad⁴⁰², que se integrarían en la cláusula de cierre “otra condición o circunstancia personal o social”, que puntualmente ha auspiciado también la consideración de otros criterios⁴⁰³. En este sentido, Tribunal, para que un criterio de diferenciación pueda incluirse en la lista

SANZ CABALLERO, S. (Ed.): *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-42.

³⁹⁷ El artículo enumera una serie de motivos o razones que “no implica(n) el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación” (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6).

³⁹⁸ Por todas: STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ.4.

³⁹⁹ STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5.

⁴⁰⁰ STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ. 3.

⁴⁰¹ STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ.4.

⁴⁰² STC 78/2012 de 16 de abril, FJ. 3. Además, viene reconocido como tal en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴⁰³ Por ejemplo, la STC 51/2011, de 14 de abril de 2011, resuelve un caso de discriminación por razón de circunstancias personales, al no haber renovado un contrato laboral a una profesora de religión, por haberse unido, mediante matrimonio civil, a un hombre divorciado.

del artículo 14 CE, ha de ser irrazonable y presentar “una naturaleza particularmente odiosa que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10 CE)”⁴⁰⁴. Estas listas de factores prohibidos de diferenciación son habituales en los textos constitucionales, así como en los internacionales de derechos humanos⁴⁰⁵.

Sólo excepcionalmente, y con un canon muy estricto para enjuiciar la legitimidad y proporcionalidad de la diferencia, estas categorías proscritas se podrán utilizar legítimamente como criterio de diferenciación normativa. Es decir, la consecuencia hermenéutica que llevan aparejada es la aplicación de la versión más rigurosa del juicio de igualdad. Adicionalmente y, en particular, en los casos en que se demuestren indicios de discriminación por razón de sexo, se aplicará la inversión de la carga de la prueba⁴⁰⁶. Lo mismo ocurre en el ámbito procesal laboral, pero no sólo con la discriminación por razón de sexo, sino por cualquiera de los criterios constitucionalmente proscritos, así como por cualquier otra lesión iusfundamental. Es decir, en este ámbito, la carga de la prueba se invierte cuando un trabajador aporta indicios razonables de que el empresario ha lesionado alguno de sus derechos fundamentales, correspondiendo al empresario la acreditación de que su actuación obedeció a motivos proporcionales y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate⁴⁰⁷. Esta medida de protección jurisdiccional trasciende el espectro de la discriminación y se centra en la vulnerabilidad del trabajador

⁴⁰⁴ STC 62/2008, de 26 de mayo, F.J. 5. El Tribunal afirma que una enfermedad puede ser uno de los factores prohibidos de diferenciación, pero sólo en determinadas circunstancias. Por ejemplo, en el ámbito de las decisiones de contratación o de despido (en el que se desarrolla el caso en cuestión), así será, cuando “sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato” (F.J.6).

⁴⁰⁵ Verbigracia, el artículo 1 del Convenio 111 de la OIT, el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, etc.

⁴⁰⁶ Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*.

⁴⁰⁷ Por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, F.J. 4.

derivada de la especial dificultad a la que se enfrenta para probar actos de discriminación encubiertos⁴⁰⁸ (se trataría de una vulnerabilidad sectorial, respecto al ejercicio de sus derechos procesales).

Las principales diferencias entre los colectivos amparados por las categorías sospechosas de discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y aquéllos considerados vulnerables por el Tribunal de Estrasburgo, radican tanto en el alcance semántico de sendos conceptos, como en las consecuencias hermenéuticas de ellos derivadas. Comenzando por estas últimas, las implicaciones interpretativas derivadas de la existencia de un grupo vulnerable en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, son más, y quizá, más concretas, que las que se desprenden de los criterios proscritos de diferenciación en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Y así, mientras que, en éste último ámbito, y a excepción de la inversión de la carga de la prueba que entraña el indicio de diferenciación por razón de sexo, y la aplicada en el ámbito laboral, las consecuencias se ciñen únicamente a la aplicación de la versión estricta del juicio de igualdad; en cambio, la presencia de un grupo vulnerable en la jurisprudencia de Estrasburgo posee influjo hermenéutico, no sólo en la aplicación del juicio de igualdad, sino también en la del test de proporcionalidad para la restricción de derechos, así como en el ámbito de las obligaciones positivas del Estado, reforzando su intensidad cuando recaen sobre vulnerables, lo que conlleva, entre otras cosas, la inversión de la carga de la prueba.

En segundo lugar, el alcance y la significación de ambos conceptos, no está claro que sean del todo coincidentes. Aparentemente las realidades a las que responden son, si no similares, extremadamente parecidas: mientras que las categorías sospechosas protegen a sectores de la población que, debido a determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y perpetuadas, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, se han encontrado en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad humana⁴⁰⁹; los grupos vulnerables son, de acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, aquéllos que

⁴⁰⁸ Artículo 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*: “En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

⁴⁰⁹ Por todas, STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5.

históricamente han sido víctimas de prejuicio o discriminación con consecuencias duraderas, lo que ha derivado en su exclusión social, así como en posibles estereotipos legislativos derivados de tales prejuicios, que dificultan la evaluación individualizada de las capacidades y necesidades⁴¹⁰. Definiciones iguales o casi iguales, como también lo son algunos de los concretos grupos expresamente incluidos en ambas categorías, como son aquéllos que reciben un trato diverso por razón de sexo, orientación sexual, raza o etnia⁴¹¹. Pero el Tribunal Europeo ha incluido también a los discapacitados, enfermos mentales⁴¹², solicitantes de asilo⁴¹³, presos⁴¹⁴, menores de edad⁴¹⁵, enfermos de VIH/SIDA⁴¹⁶, minorías, desplazados internos y retornados del exilio en Somalia⁴¹⁷, o víctimas de violencia doméstica en Turquía⁴¹⁸, en la categoría de grupos vulnerables, hasta el punto que los primigenios contornos de la vulnerabilidad parecen haberse desdibujado en la jurisprudencia de aquél. Se ha criticado la inclusión de algunos grupos, como los solicitantes de asilo, pues aunque muchos de ellos sean personas vulnerables, “no pueden ser considerados de manera incondicional un grupo particularmente vulnerable, con el sentido [específico] en que la jurisprudencia del Tribunal utiliza este término (como en el caso de las personas con discapacidad mental, por ejemplo), donde todos los

⁴¹⁰ STEDH de 20 de mayo de 2010, caso *Alajos Kiss contra Hungría*, párrafo 42.

⁴¹¹ Por todas, STEDH de 10 de marzo de 2011, caso *Kjyutin contra Rusia*, párrafo 63.

⁴¹² STEDH de 10 de marzo de 2011, caso *Kjyutin contra Rusia*, párrafo 63.

⁴¹³ SSTEDH de 21 de enero de 2011, caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia* (párrafo 251); 16 de marzo de 2010, caso *Oršuš y otros contra Croacia*; y de 29 de enero de 2013, caso de *S.H.H. contra Reino Unido* (párrafo 65).

⁴¹⁴ SSTEDH de 22 de octubre de 2002, caso *Algür y otros contra Turquía*; de 7 de junio de 2007, caso *Mikadze v. Russia* (párrafo 109); de 16 de octubre de 2008, caso *Renolde v. France* (párrafo 83); y de 13 de enero de 2009, caso *Aliiev v. Georgia* (párrafo 97).

⁴¹⁵ SSTEDH de 19 de julio de 2011, caso *Durderic contra Croacia*, (párrafo 109); y de 19 de junio de 2012, caso *Kurier Zeitung Sverlag und Druckerei GMBH contra Austria*, (párrafo 45).

⁴¹⁶ En la STEDH de 10 de marzo de 2011, caso *Kjyutin contra Rusia*.

⁴¹⁷ La STEDH de 11 de enero de 2007, caso *Salah Sheekh contra Holanda*, identifica a estos tres colectivos como los más vulnerables de Somalia. Según el Tribunal, el hecho de que dichas personas no estén integradas en clanes, supone unas condiciones de aislamiento social y marginalidad, que a su vez conllevan vulnerabilidad y mayor probabilidad de ser víctimas de delitos (párrafo 140).

⁴¹⁸ En la STEDH de 9 de septiembre de 2009, caso *Opuz contra Turquía*, el Tribunal aceptó que la recurrente pertenecía a la categoría de personas vulnerables, dada, por una parte, la violencia que había sufrido en el pasado, las amenazas de su padrastro después de salir de prisión, y el miedo a sufrir más violencia, y por otra parte, su procedencia social, que no era otro que el de mujer maltratada en el sudeste de Turquía (párrafo 160).

miembros del grupo, debido a su adversa categorización social, requieren especial protección”⁴¹⁹.

En efecto, la lógica de la Corte Europea para catalogar a un grupo de vulnerable no es inmutable. Por ejemplo, en el caso de los solicitantes de asilo, o de los presos, la justificación que aporta para encuadrarlos en tal categoría es la dependencia casi absoluta del Estado⁴²⁰; en el caso de los menores, la situación de desvalimiento o mayor susceptibilidad ante la lesión iusfundamental⁴²¹, sin necesidad de que existan, en ninguno de los dos casos, prejuicios o discriminación histórica frente a los mismos.

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Europeo atribuye efectos hermenéuticos concretos a la categoría de “personas y grupos vulnerables”, razones de seguridad jurídica aconsejarían que se dotara a la misma, bien por parte de la doctrina, bien mediante la homologación de su empleo jurisprudencial, de una significación algo más precisa.

En este sentido, a pesar de que la definición que el Tribunal de Estrasburgo proporciona del concepto de vulnerabilidad aparentemente no coincide (al menos, no plenamente) con el sugerido en este trabajo, los grupos identificados como vulnerables por aquél son claramente subsumibles en éste. Todos ellos padecen de una merma severa en las posibilidades de ejercicio de algunos o la mayoría de sus derechos fundamentales, que implica dependencia y mayor susceptibilidad a la lesión iusfundamental, por lo que requerirían de protección especial encaminada a paliar aquélla merma. Asimismo, en ocasiones, el Tribunal ha vinculado la vulnerabilidad a algunos de los elementos que la conforman, según el concepto aquí propuesto. Por ejemplo, la ha relacionado con la situación de dependencia del

⁴¹⁹ STEDH de 21 de enero de 2011, caso de *M.S.S contra Bélgica y Grecia*. Opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente el juez Sajó.

⁴²⁰ En la STEDH de 21 de enero de 2011, caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, se cataloga de personas particularmente vulnerables a los solicitantes de asilo. Como vulnerables, merecen especial protección, de ahí que la intensificación de las obligaciones positivas del Estado *ex* artículo 3 comporte la conculcación de éste artículo cuando un solicitante se encuentre en condiciones materiales indignas por un periodo continuado de tiempo y el Estado no haga lo razonablemente posible para evitarlo (párrafo 253).

⁴²¹ En la STEDH de 19 de enero de 2010, caso *Muskhadzhieva y otros c. Bélgica*, se condena a este país por infringir el artículo 3 del Convenio por las malas condiciones en las que se encontraban niños inmigrantes detenidos. El Tribunal menciona lo relevante que la extrema vulnerabilidad de dichos menores, que encima no se encontraban en buena situación de salud, debe ser para su tratamiento (párrafo 56).

Estado, como en el caso de los presos o de los solicitantes de asilo; o bien con la mayor susceptibilidad frente a la lesión iusfundamental⁴²². Por si esto fuera poco, el Tribunal siempre vincula a la vulnerabilidad la obligación del Estado de garantizar el efectivo ejercicio de derechos de quienes en tal posición se hallan⁴²³.

Estos grupos catalogados de vulnerables por el Tribunal Europeo, y aquéllos vinculados a las categorías sospechosas del artículo 14 CE, conllevan dos líneas de protección específica en sendas jurisdicciones, la constitucional y la de Estrasburgo. Una de ellas, la de las categorías sospechosas del artículo 14, más estrictamente definida, y con unas consecuencias jurisprudenciales acotadas al terreno del juicio de igualdad, sin perjuicio de la consecuencia adicional de la inversión de la carga de la prueba en determinados supuestos. La segunda, la de los grupos vulnerables, más difusa y profusamente identificada por el Tribunal Europeo, de la que derivan consecuencias interpretativas de mayor espectro, no sólo vinculadas al juicio de igualdad. De la observación de la jurisprudencia de ambos órganos jurisdiccionales parece deducirse que, mientras que las categorías sospechosas se han aplicado tradicionalmente para perseguir la utilización prejuiciosa de cualquier criterio de diferenciación, la segunda es una forma de protección especial a grupos que objetivamente, según el Tribunal, se hallan en una situación de desventaja y desvalimiento.

El concepto de vulnerabilidad aquí propuesto podría servir de vínculo armonizador de ambas categorías, que amplíe, bajo la cobertura constitucional de la simbiosis de los artículos 14 y 9.2 CE, tanto el alcance conceptual, como las consecuencias, de las categorías sospechosas de discriminación. Ello sería coherente con la necesidad de nuestro alto Tribunal de respetar la interpretación del Convenio que realice la Corte Europea, y de paso, incrementaría la seguridad jurídica en

⁴²² En la STEDH de 11 de enero de 2007, *caso Salah Seekh contra Holanda*, como se ha referido más arriba, el Tribunal dice que la situación de aislamiento y marginación social de los desplazados internos, retornados del exilio y los pertenecientes a minorías en Somalia, les convierte en vulnerables y en víctimas más probables (que el resto) del crimen (párrafo 140).

⁴²³ Por ejemplo, en la STEDH de 13 de noviembre de 2012, *caso I.G y otros contra Eslovaquia*, en un caso de esterilización de mujeres gitanas, el Tribunal condena a Eslovaquia por no cumplir con sus obligaciones positivas, derivadas del artículo 8 del Convenio, dirigidas a garantizar las medidas de protección que permitan a los miembros de la comunidad gitana, considerada vulnerable, disfrutar efectivamente de su derecho a la vida privada y familiar (párrafo 166).

cuanto a las modalidades y condiciones de protección jurisdiccional reforzada a los vulnerables.

- b. Frente a los menores en particular. La prevalencia de su interés superior.

La Norma Fundamental dispone que el mandato específico de tutela reforzada al menor, recogido en su artículo 39, informe la práctica judicial (artículo 39 en relación con artículo 53.3 CE). ¿Cuáles son las implicaciones de tal mandato? ¿Cómo llevan a cabo los jueces esa protección especial del menor?

Las respuestas a esta cuestión han de buscarse en tres ámbitos, a saber, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se infiltra en la exégesis de nuestra Constitución vía artículos 10.2 y 39.4 de la misma, y la influencia del principio de prevalencia del interés del menor. De hecho, la tutela judicial reforzada que ambos tribunales han considerado genuinamente derivada de los textos que respectivamente garantizan (la Constitución y el Convenio Europeo), ha encontrado el complemento y soporte del principio del interés superior del menor, como elemento de relevancia constitucional y convencional, configurando un conjunto de reglas hermenéuticas de protección reforzada que, si bien han sido en esencia identificadas, aún se enfrentan a un largo camino de sistematización, perfeccionamiento y consolidación.

Así, mientras que la estela de protección especial del artículo 39 CE se refleja en nuestra jurisprudencia constitucional de forma aparentemente aleatoria, sin atenerse a parámetros interpretativos predeterminados ni explícitos, el Tribunal de Estrasburgo, sin embargo, sí ha diseñado un determinado proceder hermenéutico, hasta cierto punto identificable y sistematizado, para garantizar en sede judicial la protección reforzada a los menores. En efecto, a éstos, por su condición de grupo particularmente vulnerable, les corresponden las consecuencias interpretativas vinculadas a categoría, a saber, el estricto escrutinio al que se someten, tanto las diferencias de trato que les afectan, como la restricción de los derechos que el

Convenio les reconoce⁴²⁴, y la intensificación de las obligaciones positivas del Estado para con ellos, que viene anudada a su derecho a una especial protección⁴²⁵. Esta intensificación de las obligaciones positivas se ha exigido por el Tribunal, por ejemplo, en el ámbito de la protección del menor contra la negligencia, la violencia y la explotación⁴²⁶, o en la exigencia de tratamiento urgente de las resoluciones judiciales en materia de custodia y régimen de visita de los hijos⁴²⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha dejado entrever en su jurisprudencia rastros de un canon de escrutinio estricto a las restricciones de sus derechos, lo que se expresa muy claramente, por ejemplo, con respecto a los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor, que se presentan como “límite infranqueable”, *quasi* absoluto, ante su principal “amenaza”, las libertades de expresión e información⁴²⁸, incluso aunque se trate de información veraz y/o de relevancia pública⁴²⁹.

⁴²⁴ En la STEDH de 19 de junio de 2012, *caso Kurier Zeitung Sverlag und Druckerei GMBH contra Austria*, se afirma que “no hay duda de que la preservación de la más íntima esfera de la vida de un joven que ha sido la víctima de un conflicto sobre su custodia, y no ha salido a la esfera pública, merece una protección particular, atendiendo a su posición de vulnerabilidad” (párrafo 59).

⁴²⁵ SSTEDH de 19 de julio de 2011, *caso Durdevic contra Croacia*, párr. 109; y de 19 de junio de 2012, *caso Kurier Zeitung Sverlag und Druckerei GMBH contra Austria*, en la que se afirma que el Estado tiene una obligación positiva de asegurar protección efectiva frente a las posibles brechas en la integridad personal de los niños, por ser estos un grupo particularmente vulnerable (párrafo 45).

⁴²⁶ SANTOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ RICCI, S.M.: “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de los grupos vulnerables”, p. 289. Se cita en esta obra la STEDH de 10 de mayo de 2001, *caso Z. contra el Reino Unido*, que impuso a los Estados la obligación de adoptar todas aquellas medidas necesarias para que las personas especialmente vulnerables no fueran sometidos a torturas o tratos inhumanos o degradantes, aunque fueran cometidos por particulares. En dicho caso, se condena a las autoridades por haber incumplido tal deber en relación a cuatro menores maltratados por sus padres, ya que los servicios sociales tardaron excesivo tiempo en encontrarles familias de acogida.

⁴²⁷ STEDH de 22 de septiembre de 2009, *caso Stoclack contra Polonia*.

⁴²⁸ De hecho, la protección de la infancia constituye un límite constitucional expreso a estos derechos, recogido en el artículo 20.4 CE: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

⁴²⁹ En la STC 134/1999, de 15 de julio, se señala que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su intimidad personal o familiar, “parece imponer un límite infranqueable, tanto a la libertad de expresión, como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores” (F.J. 6). En este sentido, la STS 996/2008, de 22 de octubre, alude a un “ámbito de superprotección” de los menores en la doctrina constitucional, “que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra” (F.J. 2).

Como se adelantaba, estas peor o mejor definidas pinceladas hermenéuticas asociadas a la protección reforzada del menor en ambos contextos jurisdiccionales, se han ido progresivamente relacionando, e incluso fusionando, con la aplicación judicial del principio del **interés superior del menor**⁴³⁰, que se asimila, cada vez más, a la tutela especial del menor en el ámbito jurisdiccional.

Sin perjuicio de su aptitud para informar la legislación positiva, el interés superior del menor despliega, como se avanzó, su máxima virtualidad en el terreno de la interpretación y aplicación de las normas que afectan al menor (en las que aquél interés actúa a modo de variable que ha de ser llenada de contenido en atención a las circunstancias del caso concreto), así como de la adopción de decisiones concretas respecto al mismo, ya sea en el ámbito privado o en el público, administrativo o judicial.

El interés superior del menor tiene dos dimensiones, abstracta y concreta. La primera supone su consideración como principio jurídico. En este sentido, el principio del interés superior del menor es una norma de naturaleza *sui generis*, pues se presenta, apriorísticamente, con carácter prevalente frente a las demás, lo que es insólito en nuestro sistema jurídico. Asimismo, el principio, como contenido de los textos internacionales en materia de derechos humanos, goza de una doble vía de entrada a nuestro ordenamiento constitucional, a saber, integrando el contenido del principio rector del artículo 39 de la Carta Magna (*ex* artículo 39.4 de la misma), y modelando la interpretación de los derechos fundamentales del menor, en virtud del artículo 10.2 CE. Ésta última vía de entrada supone, por consiguiente, que los derechos fundamentales del menor deberán interpretarse atendiendo a su superior interés.

Por otro lado, la dimensión concreta del interés superior del menor, vinculada a su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, es una cuestión de hecho, de mera legalidad, consistente en la determinación de qué es lo que más conviene al menor en un caso concreto, concurriendo unas determinadas circunstancias. Será el

⁴³⁰ STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2: “tan reiterada es la doctrina de este Tribunal en virtud de la cual el ejercicio de la potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia, [...] como igualmente lo es la de que todos los poderes públicos —incluido el judicial— deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad”.

correspondiente órgano de la Administración, o bien de la jurisdicción ordinaria, o cualquier particular que deba adoptar una decisión respecto al menor, el que, mediante el correspondiente juicio de valor, determine qué es lo que más le conviene. Por ejemplo, en un supuesto de separación matrimonial, la determinación de la dimensión concreta del interés del menor en cuanto a su custodia (en caso de desacuerdo entre los padres), que recaería sobre el juez civil, supondría pronunciarse sobre cuál constituye, a la vista de las concretas circunstancias de los padres (económicas, personales, sociales, etc.), la mejor opción para el menor: una custodia compartida entre ambos padres, o bien una individual, concretando, en este último caso, a cuál de los progenitores le correspondería.

Se analizarán a continuación ambas dimensiones del interés del menor con algo más de profundidad, atendiendo a lo establecido al respecto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Estrasburgo.

1. En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha trazado la frontera entre la dimensión abstracta y la concreta del interés del menor, si bien los contornos de la misma no siempre son nítidos. Reiteradamente, en su jurisprudencia, el alto Tribunal se niega a sí mismo la legitimidad para determinar, previa ponderación, qué constituye el interés superior del menor en el caso concreto, identificando tal determinación como una cuestión de mera legalidad que, como tal, corresponde a las instancias ordinarias⁴³¹. Empero, el Tribunal Constitucional sí se declara competente para constatar si dicho principio ha sido debidamente tomado en consideración en la correspondiente ponderación de intereses, y así se refleja en la

⁴³¹ STC 221/2002, de 25 de noviembre, F.J.4: “[...] no entra en la esfera de nuestras competencias el pronunciarnos sobre el extremo de si la reinserción de la menor con su familia adoptiva puede o no causarle los daños psíquicos alegados, pues ni este Tribunal puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso [art. 44.1 b) LOTC], ni le corresponde efectuar la ponderación de cuál sea el interés de la menor, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria que, como tal, este Tribunal no puede revisar”. ATC 28/2001, de 1 de febrero, FJ 4: “El recurso de amparo, como en reiteradas ocasiones ha afirmado este Tribunal, no es un cauce destinado para asegurar el acierto judicial en la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, o en la valoración de los hechos que las partes en litigio someten a su conocimiento y examen, pues, a salvo la manifiesta y grosera irrazonabilidad, arbitrariedad o yerro de la resolución judicial impugnada, esa interpretación y valoración es competencia de la jurisdicción ordinaria, a la que la Ley ha atribuido también en exclusiva la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso. [...] Una interpretación y ponderación de intereses que éste Tribunal difícilmente podrá revisar, no sólo por su lejanía y falta de inmediatez respecto de las circunstancias del caso, que le vienen dadas como hechos que no puede revisar, sino también por no ser su función la propia de una tercera instancia llamada a revisar lo decidido por los órganos judiciales ordinarios”.

motivación de la resolución. De este modo, identifica la **consideración prevalente del interés del menor como fundamento necesario para la motivación** de las resoluciones que recaigan sobre menores, es decir, incluye dicha consideración en el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, integrado en el artículo 24.1 de la Carta Magna. En palabras del Tribunal, una motivación estará fundada sólo en Derecho, en los casos en los que haya menores involucrados, “si se sustenta en la ponderación del interés superior del menor”⁴³². De no ser así, esto es, de constatar el alto Tribunal que la motivación no ha respetado dicho requisito, anularía la resolución impugnada y, dada su falta de competencia para determinar cuál es el concreto interés superior del menor, retrotraería actuaciones al órgano jurisdiccional del que trae causa⁴³³.

2. Asimismo, el principio del interés superior del menor posee el efecto de revestir, en el escenario de un conflicto de derechos⁴³⁴ al que se aplica el juicio de proporcionalidad, a la protección de los derechos del menor, de la condición de **finalidad constitucionalmente legítima** de las medidas restrictivas de derechos, ya afecten a los derechos de terceros⁴³⁵, como a los del propio menor beneficiario

⁴³² ATC 28/2001, F.J. 5: “A este Tribunal, en ese tipo de procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que se ventila la situación y destino de un menor, sólo le compete comprobar que se han respetado las reglas del proceso legal debido (art. 24.2 CE), a través de las que se articula la toma de decisión judicial pertinente, y que ésta, y las que puedan adoptarse sobre las distintas incidencias que jalonan dicho procedimiento, estén fundadas en Derecho (art. 24.1 CE), lo que exige que estén motivadas y que su fundamentación no sea manifiestamente irrazonable, arbitraria, errónea o que no comprometan un derecho fundamental sustantivo. Una motivación y una fundamentación de la motivación que sólo lo será en “Derecho”, naturalmente, si se sustenta en la ponderación del interés superior del menor, que tanto la Ley Orgánica 1/1996, como, sobre todo, los textos internacionales sobre la materia (en particular la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño -ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990-, y la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo -Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio-), con expreso apoyo en lo dispuesto en el art. 39.4 CE, han elevado, en último término, en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español [...] este Tribunal Constitucional [...] únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés, y si no se ha incurrido en la lesión de algún derecho fundamental en los términos indicados.”

⁴³³ STC 71/2004, de 19 de abril, F.J. 8 y 9.

⁴³⁴ El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia nº 16, de 31 de marzo de 2011 (Recurso de casación 164/2009), considera al principio del interés superior del menor, “la norma básica de conflicto en materia de Derecho de menores”.

⁴³⁵ Con respecto a la restricción de la libertad religiosa de un padre con el objeto de proteger a su hijo: STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ5: “Por lo tanto, ha de concluirse que el sacrificio de su libertad de creencias impuesto al recurrente por la Sentencia de la Audiencia Provincial que aquí se impugna, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima. Estamos ante una limitación de la libertad de creencias de un padre, consistente en una restricción adicional del régimen de visitas

de la citada protección⁴³⁶. Aquel revestimiento de la condición de “finalidad constitucionalmente legítima”, señalará cuál es la medida que habrá de someterse al escrutinio de proporcionalidad. Dichas medidas, por tanto, no serán automáticamente legítimas por perseguir la protección especial de los derechos del menor, sino que deberán ser también, tal y como exige el juicio de proporcionalidad, adecuadas, necesarias y proporcionadas (en sentido estricto) para la consecución de dicha protección⁴³⁷. En términos del Tribunal de Estrasburgo, la medida restrictiva en cuestión deberá poseer cobertura legal, y considerarse necesaria, en una sociedad democrática, para la protección de los derechos y/o la salud del menor⁴³⁸. Y es ésta precisamente la traducción, en el plano de la exégesis,

que, al hallarse dirigida a tutelar un interés que constitucionalmente le está supraordenado no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria”

⁴³⁶ Verbigracia, en la STC 94/2003, de 19 de mayo, que resuelve si la inadmisión de un *habeas corpus* frente al ingreso de un menor en un centro de protección, es lesivo de su libertad y seguridad, el Tribunal mantiene que tal ingreso no supone una transformación de su *status libertatis*, sino que éste “estaba contextualizado, en virtud de su minoría de edad, por las exigencias derivadas de ejercicio de la guardia y custodia, entre las cuales se encuentra el permanecer en compañía del titular de dicha potestad” (F.J. 6).

⁴³⁷ La precitada STC 141/2000, que consideraba la protección del interés del menor como finalidad constitucionalmente legítima para restringir la libertad religiosa del padre, continúa diciendo, sin embargo, que: “la desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia Provincial conduce directamente a la conclusión contraria, esto es, a afirmar que el recurrente ha sido discriminado en virtud de sus creencias y, por lo tanto, a la estimación del amparo. Esa desproporción se pone en evidencia con sólo comprobar que, como ha aducido el demandante de amparo, falta toda justificación de la necesidad de las medidas restrictivas adicionales adoptadas por la Audiencia Provincial, habida cuenta de que los riesgos que para los menores pudieran dimanar de sus creencias habían sido ya prevenidos con la prohibición, adoptada en instancia, de hacer partícipes de ellas a sus hijos, sin que conste en absoluto que tal prohibición hubiese sido violada, ni siquiera que hubiese riesgo de que lo fuese” (F.J.6). En la misma línea: STC 139/2004, de 13 de septiembre, que valora la constitucionalidad de una restricción a la inviolabilidad del domicilio, efectuada con la finalidad de proteger a un menor. A pesar de la legitimidad de la finalidad, la resolución judicial impugnada no plasma la ponderación que debería haber realizado entre dicho objetivo y otros intereses en conflicto, por lo que no demuestra ni la adecuación, ni la necesidad ni la proporcionalidad de la medida y, por consiguiente, supuso lesión del derecho.

⁴³⁸La STEDH de 23 de junio de 1993, *caso Hoffmann contra Austria*, estudia el supuesto de una madre a la que negaron la custodia de sus hijos por razón de la religión que profesaba (era Testigo de Jehová). El Tribunal considera que se discriminó a la madre, por razón de sus creencias religiosas, en el disfrute a su vida familiar, ya que, aunque la finalidad perseguida, que es la de proteger la salud y los derechos del menor, es legítima, la medida adoptada es desproporcionada. En la STEDH de 9 de junio de 1998, *caso Bronda contra Italia*, los padres biológicos reclaman lesión de su derecho a la vida familiar, por no haber podido recuperar la custodia de su hija, que vivía con una familia de adopción. El Tribunal de Estrasburgo reconoció que, si bien, efectivamente, habían sufrido una injerencia en su derecho a la vida familiar, dicha injerencia perseguía una finalidad legítima, preservar la salud física y mental de la niña, y además, estaba prevista en la ley, y se podía considerar necesaria, en una sociedad democrática, para la consecución de aquélla finalidad. El Tribunal fue muy claro al afirmar que las condiciones para hacer legítima la injerencia se centran en un punto crucial, el interés del menor, y por lo tanto, en consentir las medidas que mejor sirven a

de la “prevalencia sin exclusión” que se predica del interés del menor: la prevalencia se traduce precisamente en que los derechos de éste partirán con una cierta “ventaja” en la ponderación, consistente en que su protección se convertirá, de manera automática, en la finalidad constitucionalmente ordenada (no sólo legítima), de una medida restrictiva de los derechos a los que se enfrentan en la ponderación. No obstante, esta inclinación inicial de la balanza a favor de los derechos del menor que entraña el principio de su supremo interés, no es absoluta. Es una ventaja inicial, no una victoria automática, ya que el interés del menor prevalece sobre otros intereses, no los anula. Esto implica que las medidas que, aunque dirigidas a salvaguardar los derechos del menor, sean restrictivas de los derechos a los que se enfrentan en la ponderación, deberán someterse al juicio de proporcionalidad. Es decir, el hecho de perseguir el interés superior del menor no recubre de legitimidad a una medida de forma automática, sino que, en caso de que restrinja otros derechos fundamentales, ha de ser además adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, para la consecución del aquél interés⁴³⁹. Este mismo efecto inhibe la posibilidad inversa, es decir, que la salvaguarda de cualquier otro interés pueda fungir como finalidad constitucionalmente legítima, para restringir derechos del menor⁴⁴⁰. Y no es posible precisamente porque el interés superior del menor debe

dicho interés. Esta sentencia es analizada en: MADRAZO RIVAS, E.: “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998. El interés superior del menor frente al respeto de la vida familiar”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 15, 2000, pp. 323-333.

⁴³⁹ Verbigracia, la precitada STC 141/2000 comienza afirmando que frente a un conflicto entre la libertad de creencias del progenitor y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, por un lado, y el de la libertad de creencias de los menores de edad [...], por otro, el Tribunal Constitucional resuelve apelando al interés “superior” del niño, ante el cual deben postergarse otros intereses, por muy lícitos y respetables que éstos puedan ser (F.J. 5). La STEDH de 18 de abril de 2013, *asunto Ageyevy contra Rusia*, en el que, a una pareja que había adoptado dos niños se les retira la custodia, y posteriormente se revoca la adopción, como medidas frente a una sospecha de malos tratos. Aunque el TEDH avala la conformidad con el artículo 8 CEDH de la retirada de la custodia de los niños en el primer momento dada la gravedad del caso, y en virtud del interés superior del menor, se considera que la revocación de la adopción, así como el hecho de que se negaran las visitas a los niños durante más de un año, resultaron desproporcionadas, y lesivas, por ello, del derecho a la vida privada y familiar. En el asunto *Vronchenko contra Estonia*, de 18 julio de 2013, el Tribunal Europeo condena a este país por vulnerar el derecho a un juicio justo del recurrente. Éste, que fue condenado por abusos sexuales a una menor, no había tenido la oportunidad de interrogar a ésta por ningún momento del procedimiento, y el testimonio de la misma fue la única prueba en la que se basaba su condena. La Corte no duda que las autoridades han adoptado esa medida en beneficio del superior interés de la menor, pero, al no haberse demostrado su necesidad, la medida ha de considerarse desproporcionada.

⁴⁴⁰ En esta línea, Julieta MORENO-TORRES afirma que “[c]uando la Entidad pública adopta medidas de protección mediante resoluciones administrativas, o cuando los órganos jurisdiccionales

ser el norte en la resolución de cualquier conflicto que afecte a los derechos del menor. He aquí, en estas dos notas, el carácter *sui generis* de un principio que, ya desde su formulación abstracta, se sitúa en un plano de superioridad con respecto al resto de normas.

Dicho en palabras del Tribunal Constitucional, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales: “cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”⁴⁴¹.

El mismo efecto interpretativo se aplica en el juicio de igualdad, es decir, las diferencias jurídicamente relevantes que presentan los menores con respecto a otros colectivos, o los menores entre sí, sólo podrán justificar un tratamiento jurídico diverso, si dicho tratamiento persigue brindar al menor la protección especial que le corresponde, siempre que las diferencias en cuestión superen el juicio de igualdad.

En el marco de esta ponderación de derechos cabe puntualizar, como varias veces ha hecho el Tribunal Constitucional, que cuando el derecho que está en juego del menor es la integridad física y moral, “no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un **riesgo relevante** de que la lesión puede llegar a producirse”⁴⁴². Cuanto más grave sea la lesión que el menor corre el riesgo de sufrir,

toman decisiones sobre los menores, no pueden perder la perspectiva del necesario respeto a dichos derechos [los fundamentales], procurando que únicamente se efectúen inferencias en derechos fundamentales (esencialmente en el derecho a la intimidad o a la vida privada y familiar) cuando ello quede justificado, y precisamente en interés del menor”. En *La seguridad jurídica y el sistema de protección de menores español*, *op.cit.*, p. 88.

⁴⁴¹ STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6; posteriormente confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 30 de noviembre de 2010, *caso P.V. contra España*. En términos casi idénticos se expresa la STC 185/2012, FJ4, que añade: “El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor”.

⁴⁴² STC 176/2008, F.J. 6.

más fácil será la superación del juicio de proporcionalidad respecto a la medida restrictiva de los derechos que se ponderan frente a los del menor⁴⁴³.

Por último, no cabe considerar que la presencia de ninguno de los rasgos derivados las categorías sospechosas de discriminación que explícita o implícitamente recoge el artículo 14 CE conlleve de forma aislada un riesgo para el menor y justifique, por tanto, una restricción de derechos de quien los posea, pues dicha restricción entrañaría una discriminación contraria a la Constitución y al Convenio. Tanto el Tribunal Constitucional como el de Estrasburgo han condenado restricciones sobre los derechos de los padres (biológicos, adoptivos, o acogedores) respecto al menor basadas en la transexualidad⁴⁴⁴, orientación sexual⁴⁴⁵, o religión⁴⁴⁶ de aquéllos.

⁴⁴³ El mismo F.J. 6 de la STC 176/2008 continúa: “un riesgo consistente en la merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole), resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos”.

⁴⁴⁴ La STC 176/2008 prosigue, en su F.J. 7: “lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE.”.

⁴⁴⁵ STC 198/2012, de 6 de noviembre, F.J.12: “el interés del menor adoptado por un matrimonio entre personas del mismo sexo, o por un matrimonio entre personas de distinto sexo, ha de ser preservado conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 CE. Y este interés se tutela en cada caso concreto en función del escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del art. 39.2 CE no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge”. Asimismo, el Tribunal Europeo ha dejado claro que la orientación sexual no debe influir en decisiones relacionadas con custodia de los hijos (STEDH de 21 de diciembre de 1999, *caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*), ni en la concesión de la adopción monoparental (STEDH de 22 de enero de 2008, *E.B. contra Francia*).

⁴⁴⁶ La STEDH de 23 de junio de 1993, *caso Hoffmann contra Austria* declara que la consideración de la condición de Testigo de Jehová de una madre para no otorgarle la custodia de sus hijos, supone una discriminación contraria al artículo 14 del Convenio. Según el Tribunal, aunque la finalidad perseguida, proteger la salud y los derechos del menor, era legítima, la medida adoptada para ello no es proporcionada. No obstante, esta sentencia tiene un voto particular que defiende que el motivo por el que la custodia de los niños no fue concedida a la madre no fue la religión que ésta profesaba, sino las consecuencias que su pertenencia a dicha religión tendría sobre los niños,

3. No obstante, una visión completa de las reglas interpretativas aplicadas por el Tribunal Constitucional y el de Estrasburgo en los conflictos que involucran derechos de menores, no puede dejar de considerar un principio que interactúa con el de la prevalencia del interés del menor, al que ambos tribunales, sistemáticamente, han otorgado un peso relevante: la **preferencia del desenvolvimiento de la vida del menor con la familia biológica o de origen**⁴⁴⁷.

Sin embargo, la interacción entre ambos principios, aparece en la jurisprudencia, tanto en la constitucional, como en la de Estrasburgo, rodeada de un halo de confusión. No está claro qué aporta el principio de preferencia de la familia de origen a la ponderación.

En el ámbito del Tribunal de Estrasburgo, el interés de los padres biológicos de conservar o recuperar la custodia de sus hijos, o de disfrutar de un régimen de visitas en caso de que no sean titulares de aquélla, se ha considerado inserto en el derecho a la vida privada familiar del artículo 8 del Convenio. En este derecho se puede interferir legítimamente, siempre que, tal y como establece aquél precepto, exista previsión legal para ello y sea necesario, en una sociedad democrática, para conseguir una finalidad de las contempladas a estos efectos como legítimas por el artículo 8.2 CEDH, como es la preservación de la salud y los derechos del menor. Es decir, la protección del menor puede justificar una injerencia de la vida privada familiar⁴⁴⁸. En particular, el Tribunal deja claro que el artículo 8 del Convenio no

especialmente en el tema de las transfusiones de sangre, por lo que la medida, adoptada en virtud del interés superior del menor, sería legítima.

⁴⁴⁷ El principio puede considerarse parcialmente derivado del artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño, del 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, del 8.11 de la Carta Europea de Derechos del Niño, del 39.1 CE y del 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo en torno a este último artículo: SANTOLAYA MACHETTI, P.: “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, en GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P. (coords.): *La Europa de los Derechos*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 545-567.

⁴⁴⁸ BREEN, C.: *The standard of the best interest of the child. A western tradition in International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya (Holanda), 2002. Según la autora, el carácter “paternalista” del principio del interés superior del menor, no era fácil de conjugar con el primigenio espíritu liberal del Convenio, concebido esencialmente para evitar la intervención del Estado en los derechos civiles y políticos, incluyendo la autonomía y la intimidad familiar (artículo 8). No obstante, la interpretación de este último precepto ha variado, debido a la progresiva relevancia que el Tribunal de Estrasburgo ha otorgado al interés superior del menor, inicialmente desde una perspectiva formal o procedimental, y luego desde una perspectiva material o de fondo, que implica su utilización como justificación legítima para restringir el derecho a la vida familiar (separando al niño de los padres, por ejemplo). Menciona como hitos en dicha evolución diversos

ampara la adopción de medidas que perjudiquen la salud o el desarrollo del menor”, y cuando éstos pudieran ser puestos en riesgo por el contacto con los progenitores, los poderes públicos deberán realizar “una justa ponderación entre ellos”⁴⁴⁹.

Entonces, ¿cuál es el efecto del principio de prevalencia de vida del menor en la familia de origen, cuando se enfrenta al del interés superior del menor? ¿Podría ello traducirse en que los integrantes de la familia de origen estarán mejor posicionados frente al interés del menor que otras personas afectadas, como pueden ser los acogedores del menor?⁴⁵⁰. Pero el mejor posicionamiento no se debe a otra cosa que a la consideración de que la convivencia del menor con su familia de origen redunda en su propio interés, pues como se verá más abajo, los derechos e intereses de las partes se presentan como inseparables de los del menor. Quizá, la solución pase por asignar un mayor peso a los derechos de la familia biológica o de origen en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto de una medida que implique separación entre aquélla y el menor, oponiendo una mayor resistencia frente a este tipo de medidas.

4. Otra nota esencial de la dimensión abstracta del interés superior del menor, que delimita sus efectos, es que es un **principio que no crea nuevos derechos**. Es decir, en el ámbito judicial, el interés superior del menor se aplica, bien en la

asuntos: SSTEDH de 24 de marzo de 1988, *caso Olsson contra Suecia*; de 22 de junio de 1989, *caso Ericksson contra Suecia*; de 22 de abril de 1992, *caso Rieme contra Suecia*; de 23 de septiembre de 1994, *caso Hokkanen contra Finlandia*; de 22 de abril de 1997, *caso X, Y, y Z contra Reino Unido*.

⁴⁴⁹ En la STEDH de 16 de noviembre de 1999, *caso E.P. contra Italia*, se declaró vulnerado el derecho a la vida familiar de una madre a quien se le denegó la custodia sobre su hija con la finalidad de salvaguardar el interés superior de ésta, pero la separación y falta de contacto entre ambas fue tan radical e irreversible, que no cumplía el requisito de necesidad (párrafos 65 y 69). En *Hokkanen contra Finlandia*, el recurrente es un padre que había conseguido que le reconocieran la custodia de su hija, retirándosela a los abuelos maternos. No obstante, estos se niegan a ejecutar la resolución. El Tribunal condena a Finlandia por no haber garantizado los derechos de visita del padre a su hija ante la negativa de los abuelos de dejarle ver a la niña, pero no encuentra violación del art. 8 en cuanto a la custodia de la niña, porque se pretendía proteger su salud y sus derechos, y no es desproporcionado, ya que ésta había vivido la mayor parte de su vida con sus abuelos y estaba contenta con ellos.

⁴⁵⁰ STC 71/2004, F.J 8: “se da la circunstancia de que una de las partes que disputa el status familiar de la menor es su madre natural. Este extremo introduce un elemento extraordinariamente relevante en el enjuiciamiento del presente supuesto, no sólo desde la perspectiva fáctica, sino también -en lo que ahora importa- desde la jurídica, desde el momento en que inserta en el debate, junto al principio básico antes señalado que ha de presidir las actuaciones de los poderes públicos en el que estén involucrados menores, que es el de la prevalencia de su interés superior, otro principio, que es el de la preferencia de la familia natural o de origen o propia para el desenvolvimiento de la vida de los menores [...]. [E]n todo momento ha tenido en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que por ser de menor rango, no por ello resulta desdeñable”.

resolución de conflictos de derechos que involucren al menor, o bien en la concreta adopción de decisiones, o en la revisión de las mismas, dentro del margen de lo legalmente posible.

En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ explica que “[e]n los pleitos en los que entra en juego ese interés no se reclama como objeto de una pretensión, el *interés del menor*- al modo que se reclama la propiedad de una finca o una indemnización por incumplimiento de una obligación-, sino que se discute sobre ciertos derechos en que ese interés de esa persona (el menor) está implicado”, a lo que añade que “[e]l interés del menor tiene, así [...], un valor jurídico eminentemente instrumental en la decisión acerca de un derecho aislado [...] o en conflicto con otros derechos [...]: lo importante y en verdad discutido es siempre el derecho o derechos en juego, en cuya solución el criterio determinante es precisamente el del interés del menor”⁴⁵¹. Así, el autor distingue dos formas de decidir conforme al interés prevalente del menor. La primera de ellas tendría lugar en una situación jurídica que sólo afecte al menor, a un derecho suyo, y consistiría en “inclinarse por una opción determinada entre varias posibles en el ejercicio de un derecho del menor”⁴⁵². La segunda, que se desarrolla en el escenario de un conflicto de intereses (intereses que hay detrás de derechos enfrentados), implica decidir, según el autor, “a favor del derecho y del interés del menor”⁴⁵³.

En la misma línea, Isabel LÁZARO mantiene que “el interés del menor está en que al menor le sean respetados todos sus derechos”⁴⁵⁴. Por su parte, DE TORRES afirma que el principio “tiene como finalidad garantizar el bienestar del menor mediante la primacía de su interés (en tanto dicho interés comprenda un derecho fundamental) sobre cualquier otro que pudiera concurrir”⁴⁵⁵. Sin embargo, y sin perjuicio de que los derechos fundamentales deberán interpretados, *ex* 10.2 CE, atendiendo a la prevalencia de su interés, no es necesario que concurra un derecho fundamental para que el principio pueda aplicarse, sino que basta con un derecho legal. Así lo constata la Ley del Menor que sitúa al principio en el ámbito

⁴⁵¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp.90-91.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 92.

⁴⁵³ *Ibidem*.

⁴⁵⁴ LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Los menores en el derecho español*, *op.cit.*, p. 113.

⁴⁵⁵ DE TORRES PEREA, J.M: *El interés superior del menor y el Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2009, pp.22-23.

de la aplicación del Derecho existente, en este caso, la propia ley⁴⁵⁶. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también exige en su jurisprudencia que todas aquéllas medidas restrictivas de derechos, que van dirigidas a la salvaguarda del interés del menor, además de adecuadas y necesarias para tal fin en una sociedad democrática, tengan cobertura legal.

Sin embargo, esta limitación del principio del interés superior del menor (no crea derechos) se ve, en cierto modo, compensada con el valor informador del Derecho que también se reconoce al principio. Esto es, el legislador está constitucionalmente obligado a garantizar que el interés superior del menor sea una consideración primordial en las decisiones que le afecten. De ello se colegiría que, teóricamente, lo más conveniente para el menor, será siempre legalmente posible.

5. Por otra parte, el interés prevalente del menor ha de ser el criterio que presida las decisiones que corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, en los procesos que afecten a menores, especialmente en materia de relaciones paterno-filiales, y en situaciones de desvalimiento material de menores⁴⁵⁷. Esta aseveración, tantas veces repetida por el Tribunal Constitucional, posee un efecto sobre los mismos procesos judiciales de familia o de menores, tanto desde la perspectiva formal como material. Desde el prisma material o sustantivo, el

⁴⁵⁶ Art. 2 de la Ley del Menor: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [...]”.

⁴⁵⁷ STC 71/2004, FJ2: “los derechos en juego en este tipo de procesos de los que sean titulares los menores han de considerarse inescindibles de los de los recurrentes, por la elemental razón de que constituyen su razón de ser sustantiva, hasta el punto de que carecerían de sentido recursos como el aquí planteado si se fundasen en un interés exclusivo de quienes los interponen (padres naturales, adoptivos, acogedores, guardadores de hecho, etc.): en estos casos, su interés no resulta diferenciable del que ellos estiman interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan. Esa es la explicación de que, entre el encabezamiento y el suplico, absolutamente todo el contenido de la demanda de amparo que se presenta en el supuesto que hemos de resolver, incluso cuando se argumenta sobre la vulneración del derecho propio de los recurrentes -a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del Auto impugnado-, tiene por única y exclusiva referencia a la menor. Aún más, la interpretación que se mantiene resulta especialmente idónea para evitar cualquier situación de desvalimiento material de los menores, contrario a su interés superior”. En la misma línea, la STC 11/2008, de 21 de enero (F.J 7), declara la inexistencia de un derecho subjetivo a la entrega de la guarda y custodia de los menores desligado o independiente de la consideración del interés prevalente del menor. Por su parte, la STC 185/2012 (F.J 4) afirma que “[l]a discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos, destacada ya por la legislación precedente, cobra todavía mayor relevancia en el texto legislativo actual. Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que [...] concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos”.

referido influjo consiste en la imposibilidad de escindir los intereses enfrentados en dicho conflicto, del interés superior del menor. Es decir, los derechos e intereses que las partes invocan se valorarán desde la perspectiva de la repercusión que su ejercicio o satisfacción posea respecto a la realización del interés del menor, de manera que éste será el norte al que apunte la argumentación jurídica.

Por otro lado, desde el prisma formal, o estrictamente procesal, este tipo de procesos posee una naturaleza *sui generis*, caracterizada por su especial antiformalismo y flexibilidad. Con ello se pretende dotar al juzgador de medios suficientes, que le permitan obtener la información necesaria para decidir conforme al interés superior del menor⁴⁵⁸. Es decir, estos procesos no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino como una vía para garantizar los intereses en juego, especialmente el interés superior del menor, para lo que se ven ampliadas las facultades del juez⁴⁵⁹. El antiformalismo se refleja en múltiples aspectos, como por ejemplo, la apertura para que toda persona afectada pueda participar en el proceso y ser oída⁴⁶⁰, no sólo en garantía a su tutela judicial efectiva, sino por la relevancia que su testimonio pueda poseer a efectos de la concreta determinación del interés superior del menor. En este sentido, se ha vinculado

⁴⁵⁸ STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 3: "[A]l encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la Ley de enjuiciamiento civil transparenta su intención de servir importantes fines", resultando que el "fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes"

⁴⁵⁹ STC 75/2005, F.J.5: "los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia [...], no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor". En la misma línea: STC 124/2002, de 20 de mayo, F.J. 4.

⁴⁶⁰ STC 124/2002, F.J.6: "Incluso desde la perspectiva del prevalente interés superior del menor, que se configura como principio rector de la actuación de todos los poderes públicos en este ámbito [...], no cabe negar en principio la condición de parte interesada y su consiguiente oportunidad de participar en el procedimiento para ser oídos [...] a quienes, como los demandantes de amparo, y en su condición de acogedores preadoptivos de los menores, habían convivido con ellos los tres últimos años, configurando un mismo núcleo familiar, cuando solicitaron la personación en el procedimiento, al objeto de que, en aras a la satisfacción de aquel interés prevalente, pudieran informar sobre la situación actual de los menores y su integración en la vida familiar". En la misma línea: STEDH de 24 de febrero de 1995, *caso McMichael contra Reino Unido*.

teleológicamente, en la interpretación, la tutela judicial efectiva de las partes legitimadas a intervenir, y el modo de hacerlo, con el interés superior del menor, considerando lesionados los derechos procesales de una parte si no se les ha permitido aportar información relevante para la determinación de dicho interés⁴⁶¹.

El antiformalismo procesal también busca favorecer la comprensión del proceso por parte del menor, así como su participación, tal y como remarca el Tribunal de Estrasburgo respecto a los procesos de justicia juvenil⁴⁶².

En fin, lo trascendental en los procesos que involucren a menores, no es tanto el modo en que se realicen, como su resultado. Todos los aspectos, sustantivos y formales, de dichos procesos, han de interpretarse teleológicamente en aras del interés prevalente del menor; es decir, son procesos material y formalmente orientados a desentrañar qué es lo más conveniente para el menor en el caso concreto.

6. El interés superior del menor, como contenido integrante, desde una perspectiva material, del artículo 39.4 CE (como se argumentará más abajo), sirve de **parámetro de constitucionalidad** de la ley. En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha utilizado directamente el principio en cuestión para fundamentar el sentido de sus resoluciones. Por ejemplo, y en línea con el punto anterior, el Alto Tribunal ha convalidado la constitucionalidad de varios preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aportan flexibilidad a los procesos de jurisdicción voluntaria en materia de acogimiento y adopción de menores⁴⁶³, por considerar que

⁴⁶¹ STC 143/1990, de 26 de septiembre, F.J. único.

⁴⁶² STEDH de 2 de marzo de 2010, *caso Adamkiewicz contra Polonia*, párrafo 70: “La Cour rappelle en outre que lorsqu'un mineur est en cause, la justice est avant tout tenue d'agir en respectant dûment le principe de la protection des intérêts supérieurs de l'enfant. Ainsi, un enfant accusé d'une infraction se doit d'être traité d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan émotionnel et intellectuel. En outre, des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci doivent être prises par les autorités”.

⁴⁶³ Entre otros, el artículo 1826 LEC: “El Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor. Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva. El auto que ponga fin al expediente será susceptible sólo de apelación”.

están destinados, entre otras cosas, a facilitar información para que el juzgador determine el interés superior del menor en el caso concreto⁴⁶⁴.

7. Por otra parte, como ya se había anunciado, el principio del interés superior del menor en ocasiones entraña una **modulación expansiva del contenido de sus derechos fundamentales**⁴⁶⁵. La protección especial que merece el menor por el mero hecho de serlo, constituye, como ya se ha visto, un motivo legítimo para restringir derechos fundamentales (siempre que se respete el principio de proporcionalidad). Pues bien, esta protección especial, canalizada judicialmente a través del interés prevalente del menor, también deriva en ocasiones en el ensanchamiento-vía hermenéutica- del contenido de aquéllos, lo que conlleva que hechos que puedan ser lesivos de derechos de un menor, no lo sean respecto de los de un adulto. En la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, el ejemplo más paradigmático es el del derecho a no ser sometido a tortura ni otros tratos o penas inhumanos o degradantes (artículo 3 del Convenio)⁴⁶⁶. La naturaleza viva de la Convención ha hecho posible que este artículo, tradicionalmente interpretado de forma estricta para evitar desvirtuaciones del concepto, se haya considerado vulnerado, por ejemplo, por castigos corporales de padres a hijos⁴⁶⁷, o por

⁴⁶⁴STC 114/1997, de 16 de junio, F.J. 3. También fundamentando en base al interés superior del menor, pero para legitimar constitucionalmente la interpretación dada a determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil: STC 118/2006, de 26 de abril, F.J. 2: “la resolución del Tribunal Supremo, a pesar de lo que afirma el actor, aparece motivada y se funda en una interpretación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, entonces aplicable (LEC), que no resulta irrazonable, arbitraria o incurso en error patente, máxime cuando se realiza a la luz de lo dispuesto en el art. 24 CE y en atención al interés superior del menor, que se encuentra recogido en el art. 39.2 CE, en el que se destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica”.

⁴⁶⁵ Como dice Benito ALÁEZ, “es preciso llamar la atención sobre la correlación que existe entre el artículo 39 CE, en tanto principio rector de la política social y económica, y el disfrute por parte del individuo de sus derechos fundamentales durante la minoría de edad, sobre todo, en relación con la variación que puede experimentar el contenido constitucional de dichos derechos fundamentales. En *Minoría de edad y derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 345.

⁴⁶⁶ BREEN, C.: *The standard of the best interest of the child...op.cit.* La autora describe cómo la aplicación del principio del interés superior del menor en el ámbito del artículo 3 del Convenio también ha evolucionado: desde la falta de transcendencia de la condición de menor de edad de quien sufría los tratos cuestionados, hasta considerar un criterio tradicional que orienta la resolución de asuntos, que el Estado deba proteger a las personas vulnerables, incluidos los niños, mediante la disuasión frente a daños severos en su integridad personal, como en la STEDH de 23 de septiembre de 1998, *caso A. contra Reino Unido*.

⁴⁶⁷ SSTEDH de 23 de septiembre de 1998, *caso A. contra Reino Unido*; de 10 de mayo de 2001, *caso Z. y otros contra Reino Unido*, párrafo 73: “Article 3 requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals [...]. These measures

detenciones en centros de inmigrantes a personas menores de edad⁴⁶⁸, incluso estando acompañados por miembros adultos de su familia cuyos mismos derechos no se consideraron lesionados⁴⁶⁹.

8. La determinación del interés superior del menor **exige tener en cuenta su propia opinión**, siempre que presente suficiente juicio, y en la medida en que su madurez lo permita. Por más que el derecho a ser escuchado del menor para la adopción de decisiones que le afecten constituya en nuestro ordenamiento jurídico un derecho con entidad propia⁴⁷⁰, así como una exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE⁴⁷¹; éste también se perfila como un elemento imprescindible para la concreta determinación del interés superior del menor⁴⁷². No obstante, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que dicho interés del menor no siempre coincide con sus deseos⁴⁷³.

should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable persons and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge”

⁴⁶⁸ En la STEDH de 12 de octubre de 2006, *caso Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*, se consideró que el Estado belga había detenido ilegalmente e infringido tratos inhumanos y degradantes a una menor de cinco años, por no haber brindado la protección efectiva frente al maltrato que como persona extremadamente vulnerable (inmigrante no acompañada, de muy corta edad y en situación administrativa irregular) merecía. El factor que las autoridades belgas deberían haber considerado decisivo, de acuerdo con el Tribunal, no era la condición de inmigrante irregular de la menor, sino la de persona particularmente vulnerable, frente a la que el Estado tiene obligaciones positivas de protección emanadas del artículo 3 del Convenio.

⁴⁶⁹ *Caso Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*.

⁴⁷⁰ Art. 9.1 de la Ley del Menor: “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad”; artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. Art. 24.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”.

⁴⁷¹ Entre otras: SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, F.J.5; 152/2005, de 2 de junio, F.J. 3; 163/2009, de 29 de junio, F.J.3.

⁴⁷² LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Los menores en el derecho español*, *op.cit.*, pp. 115-116; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, *op.cit.*, pp. 119-120.

⁴⁷³ STC 221/2002, de 25 de noviembre de 2002, FJ2.

9. ¿Pero cómo juega el interés superior del menor cuando hay **derechos o intereses del menor enfrentados**? Es decir, ¿cuál es el influjo hermenéutico del principio cuándo a ambos lados de la ponderación existen derechos o intereses del menor? Nuevamente será el interés superior del menor el que inicialmente incline la balanza hacia uno u otro lado, sin embargo esta vez se tratará de la determinación concreta del mismo. Es decir, habrán de valorarse las circunstancias concretas del caso, para, teniendo debidamente en cuenta la opinión del menor, cuando éste presente suficiente juicio, identificar, en base a razones metajurídicas, la protección de cuál de los derechos o intereses en conflicto, debe fungir como finalidad constitucionalmente legítima. Es decir, el interés o derecho del menor en conflicto a favor del cual se incline inicialmente la concreta determinación del interés superior del menor, se convertirá automáticamente en finalidad constitucionalmente legítima de cualquier restricción del derecho del menor al que se enfrenta en la ponderación, si bien tal restricción deberá ser, a su vez, proporcionada.

10. Por último, la **dimensión concreta** del interés del menor consiste en la determinación casuística de la solución más conveniente para aquél, atendiendo a las circunstancias concurrentes. Como se ha dicho más arriba, es una cuestión de hecho, que deberá decidirse, cuando se trate de la esfera pública, por la autoridad administrativa competente o, en su caso, la jurisdicción ordinaria.

La concreta determinación de un concepto jurídico indeterminado, como es el interés superior del menor, entraña un juicio de valor⁴⁷⁴ al que acompaña una dosis considerable de inseguridad jurídica. Este punto constituye la diana de las críticas doctrinales al concepto, que alegan que su hipertrofia puede servir en la práctica para avalar las más diversas opiniones, a veces contaminadas por intereses ajenos⁴⁷⁵.

Según algunos, dicha hipertrofia debería paliarse mediante la congelación en la ley de lo que supone el interés del menor en diversos ámbitos o circunstancias. Otros tratan de orientar el concreto juicio de valor que entraña la aplicación del

⁴⁷⁴ ZUMAQUERO GIL, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”, *op.cit.*, pp. 39- 56: “Compete al juez, en último término, la labor de determinar cuál es el interés del menor en el caso concreto, valorando las circunstancias fácticas del supuesto en cuestión. Este juicio de valor que realiza el juez es decisivo en su determinación”

⁴⁷⁵ Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ (“El interés superior del niño. Concepto y delimitación del término”, en *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, N°. 30, 2, 2012, pp. 89-108), advierte del peligro de que el interés superior del menor se convierta en una noción evanescente que pueda dar cabida a la arbitrariedad jurídica.

concepto con criterios de actuación que redundan, de acuerdo con la experiencia, en el bienestar del menor⁴⁷⁶.

Se ha hablado de los componentes **objetivo** y **subjetivo** del interés del menor, en referencia al equilibrio que debe buscarse entre lo social y comúnmente aceptado como beneficioso para el menor y la voluntad por éste expresada, teniendo en cuenta su capacidad y grado de desarrollo. Una propuesta a destacar en este sentido, proveniente de la doctrina inglesa, que se ocupó antes que la nuestra del asunto, es la de John EEKELAAR y su denominado “*dynamic self-determinism*” (autodeterminación dinámica)⁴⁷⁷.

El autor realiza una reconstrucción del concepto del interés superior del menor compatible con la concepción de éste como sujeto de derechos. Si bien este último postulado es algo unánimemente aceptado hoy en día, no era tanto así cuando se publicó la obra de EEKELAAR, por lo que su propuesta fue innovadora.

En primer lugar, el autor defiende la utilidad del principio del interés superior del menor alegando que obliga a introducir temas en el proceso decisorio que no tendrían por qué contemplarse de no existir aquél, es decir, exige, como mínimo, que se considere y haga referencia a los intereses del menor a la hora de adoptar medidas que le conciernen. Respecto a la concreta determinación del interés del menor, propone dos métodos diversos, pero compatibles, que recomienda utilizar conjuntamente. El primero de ellos, llamado “objetivización” (*objectivization*), consistiría en decidir en qué consiste el interés superior del menor en base a creencias (provenientes de argumentos de autoridad, o bien, la mayoría de las veces, de la cosmovisión del intérprete), en base a las cuales, determinadas condiciones son positivas para el menor. Dichas creencias se suponen fundadas en la experiencia, por lo que el modo de razonar para determinar qué conviene más al menor sería comparar las consecuencias que previsiblemente emanarían de las diversas situaciones posibles. No obstante, la aplicación de este método suele ser complicada, no sólo por la dificultad de que exista consenso en torno a creencias sobre lo que es bueno o malo para el menor, sino también por lo diversa que puede

⁴⁷⁶ LÁZARO GONZÁLEZ, I.: *Los menores en el derecho español*, *op.cit.*, p. 109.

⁴⁷⁷ EEKELAAR, J.: “Interests of the Child and the Child’s wishes: the role of Dynamic Self-Determination”, en *International Journal of Law and the Family*, vol.8, 1994, pp. 42-61.

ser la experiencia dependiendo de la persona (en este caso, menor) que la viva. De ahí la necesidad de integrar un elemento subjetivo, que no es otro que el *dynamic self-determinism*, que implica la participación del menor en la adopción de las decisiones que le afectan; pero no sólo de forma puntual, sino dinámica. Es decir, se da la oportunidad al menor de que influya en la adopción de las decisiones que le afecten, pero como su opinión puede ir variando a medida que madure, ha de establecerse un marco que facilite la revisión de aquéllas decisiones, que quedarán abiertas, por más que esta provisionalidad pueda afectar de forma negativa a otras personas involucradas. Lo peculiar de esta teoría es que la opinión del menor se ve como algo dinámico, mutable, que puede evolucionar a medida que lo hace el propio menor.

Tras analizar ésta y otras teorías⁴⁷⁸, Francisco RIVERO sigue una doble vía de acercamiento al interés del menor: desde una perspectiva teórica y doctrinal, y desde un prisma concreto, analizando de forma casuística cómo se aplica el concepto en la jurisprudencia. El autor concluye, entre otras cosas, que lo que vaya o no en beneficio del menor depende enormemente de los presupuestos prácticos y de la concreta situación de la vida real a la que se aplique, pero también depende de los valores y convenciones sociales imperantes en el contexto espacio-temporal de que se trate. Además, “el interés del menor (valoración positiva de lo que le conviene) no coincide con toda situación o acto que deba considerarse (inicialmente) más ventajoso para él respecto de otros posibles, sino aquéllos que, más allá de una valoración comparativa con otras opciones más o menos buenas, comporten un razonable beneficio para el menor y sus principales centros de interés actual y futuro”⁴⁷⁹. Asimismo, el autor recuerda que, si bien se ha de escuchar al menor que presente suficiente juicio, su interés no siempre coincidirá con sus deseos⁴⁸⁰.

Por su parte, Isabel LÁZARO aboga por reducir el margen de apreciación en la aplicación del concepto mediante la definición de los elementos invariables del

⁴⁷⁸ Otra de las teorías que analiza Francisco RIVERO es la del método tópico, de Theodor VIEHWEG, basado en focalizar la resolución en el problema mismo: “es un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices y de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* de valor relativo y circunscrito y revelados por la experiencia”, en *El interés del menor*, *op.cit.*, p.82.

⁴⁷⁹ *Idem*, pp. 96-97.

⁴⁸⁰ *Idem*, pp.98-99.

mismo (zonas de certeza positiva y negativa)⁴⁸¹, así como de criterios para su aplicación basados en pautas de experiencia y de valor sobre lo que conviene al menor, teniendo en cuenta también con criterios meta-jurídicos. Asimismo, según la autora, el margen de apreciación judicial será inversamente proporcional a la cantidad de elementos de hecho relevantes presentados o probados ante el Tribunal, dada la esencialidad de los datos y circunstancias del caso concreto a efectos la determinación del interés superior del menor⁴⁸². Es decir, cuanta más información posea el juzgador, más sencillo le resultará determinar qué conviene al menor. Asimismo, continúa Isabel LÁZARO, el interés superior del menor incluye el bienestar material (nivel de vida y salud física y mental), moral-espiritual y afectivo. Además, incluye el respeto a sus derechos fundamentales, y la promoción del libre desarrollo de su personalidad⁴⁸³. De ahí que los criterios que se utilicen para efectuar la concreta determinación del mismo, deban aludir a estos elementos, poniéndolos en relación con las circunstancias concurrentes.

Como se ha dicho, el Tribunal Constitucional no se inmiscuye en la concreta determinación del interés del menor, por considerar que pertenece al plano de la legalidad. Lo que sí ha indicado en este sentido, en relación a la exigencia de motivación de las sentencias derivada del artículo 24.1 CE, es la necesidad de que la resolución donde se recoja, permita conocer los factores conducentes a la concreta decisión, de manera que las partes involucradas puedan conocer los argumentos que llevaron a la misma⁴⁸⁴.

Por otra parte, también se desprende, tanto de nuestra jurisprudencia constitucional, como de la del Tribunal de Estrasburgo, la relevancia del factor

⁴⁸¹ La autora evoca la doctrina en virtud de la cual el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados incluye tres zonas diferentes, a saber, un núcleo fijo, o “zona de certeza positiva” (configurada por unos datos seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo), una “zona de certeza negativa” (a partir de la cual desaparece el valor implícito en el concepto), y una “zona intermedia, de variación o incertidumbre, donde caben opciones varias dentro de los márgenes de apreciación”. En *Los menores en el derecho español, op.cit.*, pp. 108 y ss.

⁴⁸² *Idem*, p. 109.

⁴⁸³ *Idem*, p. 113.

⁴⁸⁴ En la STC 75/2005, el alto Tribunal se pronuncia con respecto a la siguiente motivación: “en este caso el interés del menor justifica la constitución del acogimiento”. “Una decisión de este tenor no puede satisfacer”, según el Tribunal, “las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales en el ámbito del derecho fundamental contemplado en el artículo 24 CE, en relación con su artículo 120.3, y ello sustancialmente por cuanto no permite conocer al justiciable las bases sobre las que se asienta el proceso lógico que condujo al Juzgador a concluir que el mencionado interés prevalente pasa en el caso enjuiciado por ordenar el acogimiento” (FJ5).

“tiempo” en la determinación del interés superior. Y ello en un doble sentido: el tiempo de duración de un proceso que resuelve un asunto en materia de menores, que debe ser el mínimo posible⁴⁸⁵, y en segundo lugar, el tiempo durante el cual el menor se ha encontrado en una situación concreta, factor a tener en cuenta en las ponderaciones⁴⁸⁶.

Y por último, otro componente intrínseco al concepto es la necesaria apertura a una colaboración multidisciplinar para llevar a cabo su determinación. La valoración de lo más conveniente para el menor implica considerar elementos metajurídicos, para lo que será necesaria la colaboración de psicólogos, pedagogos, educadores, médicos, etc.⁴⁸⁷.

Estas conclusiones serán tomadas en consideración en el último capítulo, cuando se aplique el interés superior del menor, tanto en su dimensión abstracta, como en la concreta, para la resolución de los problemas jurídicos que presenta la situación del menor inmigrante no acompañado.

4. Fusión de los dos pilares constitucionales: líneas maestras del estatuto constitucional del menor no acompañado. La prevalencia de la condición de menor sobre la de inmigrante.

¿Cuáles son las líneas maestras del estatuto constitucional del menor inmigrante no acompañado, atendiendo a los dos pilares constitucionales analizados?

Al finalizar el estudio del primer pilar del tratamiento constitucional del colectivo, es decir, el relativo a la titularidad y el ejercicio de los derechos

⁴⁸⁵ *Asunto E.P. contra Italia*, párr. 53: “since the proceedings in this case concerned the custody of a child, particular celerity was required”.

⁴⁸⁶ Por ejemplo, el tiempo que lleve el menor conviviendo con una familia de acogida y separado de la suya propia, así como el porcentaje de la vida del menor que supone dicho periodo, será tomado en cuenta, junto a otros factores, para la determinación del interés superior del menor en un conflicto entre la familia de origen y la de acogida respecto a la custodia del menor.

⁴⁸⁷ La exposición de motivos de la *Ley de Responsabilidad Penal de los Menores*, señala que en el Derecho penal de menores debe primar el superior interés del menor, “que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas”. En esta línea, Isabel LÁZARO alude a disciplinas como la psicología evolutiva o la psicopedagogía, entre otras, para la determinación de lo que es mejor para un niño. En *Los menores en el derecho español, op.cit.*, p. 114.

fundamentales, se llegó a unas conclusiones respecto a la fusión del estatuto del inmigrante con el del menor. Aquéllas se enunciaban en clave de provisionalidad, a la espera de la valoración que el efecto del segundo pilar de tratamiento constitucional, podría ejercer sobre las mismas. Pues bien, ha llegado el momento de realizar la valoración global.

Recapitemos primero aquéllos resultados provisionales, que se asentaban sobre la base de la normalización constitucional del estatuto del menor extranjero que aquí se preconiza. En primer lugar, si se atendiera sólo a su condición de menor de edad, aquél sería titular de todos y cada uno de los derechos fundamentales, y poseería capacidad progresiva para ejercerlos. No obstante, la influencia de la condición de inmigrante del menor no acompañado, ejercería un efecto restrictivo. Así, en cuanto a la titularidad de los derechos, le privaría de los derechos políticos anudados a la nacionalidad (artículo 23 CE). Esta conclusión se puede dar por definitiva, puesto que no se ve afectada por la protección especial del segundo pilar. No obstante, tal privación carece de transcendencia práctica o eficacia real durante la minoría de edad, puesto que en esta etapa no existiría legitimación constitucional para el ejercicio de tales derechos.

Por otra parte, en cuanto al ejercicio del resto de derechos fundamentales, la conclusión del análisis del primer pilar fue que, junto a las limitaciones en el ejercicio iusfundamental derivadas de la minoría de edad (es decir, de la posible falta de madurez para el ejercicio iusfundamental y la necesidad de protección especial), se podrían añadir condicionamientos en base a otros intereses en juego relacionados con el núcleo duro de la extranjería, como la gestión de flujos migratorios, o el orden y seguridad públicas, sobre todo en derechos cuyo ejercicio afecta plenamente a estos intereses, como los recogidos en el artículo 19 (entrada y residencia en el territorio) y en el 35 (derecho al trabajo) de la Carta Magna. Tales restricciones, sin embargo, deberían superar el filtro de la proporcionalidad.

No obstante, es necesario valorar el efecto del segundo pilar en la ecuación del ejercicio iusfundamental por parte del menor no acompañado. Como se ha podido comprobar, la incidencia de dicho pilar en el tratamiento del menor es absolutamente determinante. El menor no acompañado, como menor, y como persona aquejada de vulnerabilidad múltiple o agravada, es destinatario natural del

mandato constitucional de protección reforzada a los vulnerables (artículo 9.2 CE), así como del mandato específico de tutela reforzada al menor (artículo 39 CE), que integra el principio del interés superior del menor. Sendos mandatos ejercen un influjo de carácter exegético cuando los derechos del menor se enfrentan a otros derechos e intereses legítimos. El efecto más relevante en este punto es aquél, emanado del principio del interés superior del menor, en virtud del cual, los derechos del menor no podrán verse limitados por medidas que persigan fines diferentes a su propia protección. La ventaja con la que, por obra de aquél principio, parten los derechos del menor cuando se ponderan frente a otros derechos e intereses legítimos, lo impediría. Por supuesto, toda medida restrictiva dirigida a proteger los derechos del menor no acompañado, debe pasar por el tamiz de la proporcionalidad, donde se valorará que se afecte lo menos posible a los derechos o intereses a los que se enfrentan en la ponderación.

Este razonamiento cierra la puerta a aplicar al menor, medidas concebidas para los inmigrantes, que persigan objetivos ajenos a su propia protección, como puede ser la expulsión⁴⁸⁸.

Visto desde otra perspectiva, la del juicio de igualdad, el principio del interés superior del menor tiene consecuencias análogas: las diferencias jurídicamente relevantes que presentan los menores no acompañados con respecto a otros colectivos, como los inmigrantes, o los menores en general, sólo podrán justificar un tratamiento jurídico diverso, si el mismo persigue brindar a aquéllos la protección especial que les corresponde, siempre que las diferencias en cuestión superen el juicio de igualdad. Es decir, en contraste con lo que ocurre con los extranjeros adultos, las diferencias normativas que persigan otro tipo de objetivos (gestión eficaz de flujos migratorios, seguridad y orden público, etc.), carecerán de una finalidad constitucionalmente legítima cuando se apliquen a menores de edad.

⁴⁸⁸ Distintas pinceladas de la legislación española reflejan esta conclusión. Así, junto a la expulsión, existen otras medidas admitidas para extranjeros adultos pero proscritas para menores, como la detención en Centros de Internamiento de Inmigrantes, que sólo se podrá aplicar a menores previo informe favorable del Ministerio Fiscal, y siempre que así lo soliciten los padres o tutores por estar ellos detenidos en el mismo centro, con la condición de que el mismo presente instalaciones que posibiliten la intimidad familiar (artículo 62.4 y 62 bis 1.i de la Ley de Extranjería). Asimismo, la asistencia sanitaria no admite diferencias en menores por razón de la situación administrativa, como ocurre en el caso de los adultos que, si se encuentran en situación administrativa irregular, sólo tendrán derecho a atención sanitaria de urgencia (artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003).

La conclusión final de este repaso a los mínimos que de la Constitución se desprenden para el tratamiento del menor no acompañado sería, pues, la prevalencia-jurídicamente hablando- de **la condición de menor sobre la de inmigrante**.

Estas líneas maestras del estatuto constitucional del menor no acompañado deberán respetarse tanto en la legislación que le afecta, como en la resolución jurisprudencial de conflictos en los que se vea involucrado. A ellas, por tanto, se atenderá en el último capítulo de ese trabajo, al analizar los concretos problemas normativos, de ejecución y de resolución judicial de conflictos, que presenta el tratamiento del colectivo en nuestro país. Se tratará de proponer soluciones a dichos problemas, aplicando para ello las reglas y categorías que integran estas coordenadas constitucionales.

II. PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DEL MENOR NO ACOMPAÑADO.

1. Constitución y protección supraestatal del menor extranjero. El mandato del artículo 39.4 CE.

El estudio del estatuto constitucional del menor inmigrante no acompañado ha de tomar debidamente en consideración el panorama constitucional de la Europa de nuestros días. Panorama marcado por el pluralismo constitucional que entraña la convivencia, en el espacio territorial europeo, y en materia de derechos fundamentales, de tres niveles jurídicos de naturaleza constitucional, entre los que no es posible (al menos, no siempre) identificar relaciones de jerarquía⁴⁸⁹.

Los tres niveles, doméstico, convencional y comunitario, descansan en sendos instrumentos de estirpe constitucional, a saber, las constituciones estatales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, respectivamente, y son garantizados por órganos jurisdiccionales, que resuelven *more constitutionalis*⁴⁹⁰, e interactúan mutuamente mediante el diálogo judicial⁴⁹¹. Ello ha contribuido a ampliar las fronteras del concepto material de “constitución”, de manera que no se podrá

⁴⁸⁹ En virtud de la definición más célebre de “pluralismo constitucional”, brindada por Neil MacCORMICK, éste se caracteriza por la existencia de una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución *operativa*, que no están jerárquicamente relacionados, de manera que cada uno reconoce la validez del otro(s), pero con diferentes grados de reconocimiento. En *Questioning sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, Oxford, p. 104. También sobre pluralismo constitucional: BUSTOS GISBERT, R.: *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñate, 2005; TORRES PÉREZ, A.: *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.

⁴⁹⁰ Como afirma Javier GARCÍA ROCA con respecto a la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y es extrapolable al TJUE), “[e]stamos ante una operación hermenéutica e interpretación de los derechos, basada en una ponderación de diversos intereses públicos y privados, en torno a concretos conflictos subjetivos, mediante motivaciones y exégesis que adquieren una eficacia abstracta y general”, en “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n°30, 2012, pp. 183-224, p. 186.

⁴⁹¹ Sobre diálogo judicial, véase: TORRES PÉREZ, A.: *Conflicts of Rights in the European Union*, *op.cit.*; BUSTOS GISBERT, R.: “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 95, año 32, mayo/agosto 2012, pp. 13-63; GARCÍA ROCA, J.: “El diálogo entre el Tribunal Europeo...*op.cit.*”

reconstruir el estatuto constitucional del menor no acompañado, sin acudir a lo que se ha denominado el “Derecho común de los derechos”⁴⁹².

No obstante, junto al poder configurador del estatuto constitucional del menor no acompañado proveniente de la integración europea en sentido amplio (que abarca tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa), ha de tomarse en consideración la influencia dinámica ejercida sobre el mismo por parte de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ajenos a dicho proceso de integración, entre los que destaca, en este ámbito, la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, la Constitución Española ofrece vías de entrada a ambos tipos de fuentes, vías que, consideradas conjuntamente, conforman el denominado principio constitucional de apertura al ordenamiento internacional⁴⁹³, cuya aplicación será de mayor intensidad cuando se trate de menores no acompañados. Esto último se debe, no sólo a que el texto que constituye la piedra angular de toda construcción normativa contemporánea en esta materia, la Convención de los Derechos del Niño, pertenece a la esfera internacional, sino también a que los tratados sobre derechos del niño, por un lado, y sobre derechos de los extranjeros, por otro, además de gozar de las vías de entrada generales al ordenamiento constitucional, poseen otras vías adicionales y específicas. Vayamos por partes.

¿Cuáles son los principales canales de entrada a las normas supraestatales que ofrece la Constitución? En primer lugar, *ex* artículo 96 CE, los tratados internacionales ratificados por España pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno desde que son oficialmente publicados.

En segundo término, en virtud del artículo 10.2 CE, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, al ser ratificados por España,

⁴⁹² Como dice Javier GARCÍA ROCA, “[e]l individuo tiene en la cultura del constitucionalismo un status, una posición constitucional, que es también, desde hace medio siglo, una posición supranacional dentro del Convenio Europeo, como titular de derechos subjetivos, incluso frente a su Estado, al que puede demandar ante una jurisdicción exterior, si se considera víctima de una lesión, tan pronto como su Estado la haya aceptado”. En *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 65. La expresión “Derecho común de los derechos” es empleada por el autor en “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*op.cit.* 189.

⁴⁹³ Rafael BUSTOS considera manifestación de dicho principio, no sólo el art. 93 CE, sino también la declaración del Preámbulo relativa a la paz y cooperación internacional, y los artículos 10.2, 94 y 95, 96 y 161.1.a) en relación con el artículo 27.2.c LOTC. El principio es considerado por el constituyente, según el autor, como “uno de los elementos esenciales de estructuración del ejercicio del poder político”. En *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, *op.cit.*, p. 162.

devienen canon hermenéutico de los derechos fundamentales⁴⁹⁴, contribuyendo a la delimitación de su contenido⁴⁹⁵. La doctrina defiende mayoritaria, aunque no unánimemente, que el objeto de esta interpretación conforme lo constituyen todos los derechos y libertades enunciados en el Título I de la Norma Fundamental, incluidos, por tanto, los principios rectores⁴⁹⁶. Ello es congruente desde una perspectiva sistemática, pues el precepto está ubicado en el pórtico del Título I.

Por otro lado, el acceso hermenéutico del artículo 10.2 CE se enfrenta a un límite: la imposibilidad de crear nuevos derechos⁴⁹⁷, límite que el Tribunal Constitucional ha relativizado en la práctica mediante el reconocimiento de nuevos contenidos a viejos derechos⁴⁹⁸. Pero es imprescindible poder engarzar la facultad de que se trate con un derecho fundamental reconocido constitucionalmente⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ Art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁴⁹⁵ Es lo que se ha denominado interpretación supranacionalmente adecuada de los derechos fundamentales constitucionales, o interpretación conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Véase un estudio del tema en: SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

⁴⁹⁶ Defienden esta idea: Alejandro SAIZ ARNAIZ, *Idem.*, p. 66; QUERALT JIMÉNEZ, A.: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 p. 197. Por el contrario, defiende que el objeto de la interpretación conforme son sólo los derechos fundamentales estrictamente hablando, es decir, los del Capítulo II de la CE: RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de los menores...op.cit.*, pp. 222-224.

⁴⁹⁷ SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional...op.cit.*, p. 79.

⁴⁹⁸ Por ejemplo, y reconociendo expresamente la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH, el TC ha incluido, vía artículo 10.2 CE, el derecho al juez imparcial (art.117.1 CE) en el derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE), SSTC 145/1988, de 12 de julio (FJ 5) y 39/2004, de 22 de marzo (FJ 3). Asimismo, el TC ha acabado aceptando, también por influencia directa del TEDH y de la interpretación que éste hace del CEDH, como contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, en su vertiente de derecho a la inviolabilidad de domicilio, la protección frente a daños medioambientales que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad. STC 119/2001, de 24 de mayo (FFJJ 5 y 6). Sobre el particular, véase: REY MARTÍNEZ, F.: “¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 327- 352. Sobre los efectos interpretativos de la jurisprudencia del TEDH sobre la del TC, véase: QUERALT JIMÉNEZ, A.: *La interpretación de los derechos...op.cit.*, pp. 193 y ss.; RIPOL CARULLA, S.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, ed. Atelier Internacional, Barcelona, 2007, pp. 168-175.

⁴⁹⁹ En ocasiones el Tribunal Constitucional ha considerado que esa conexión es demasiado remota y, por tanto, la facultad no puede considerarse integrada en el contenido de un derecho fundamental constitucional, como ha sido el caso de ciertos contenidos que el TEDH considera ínsitos en el derecho a la “vida familiar” del artículo 8 CEDH, como puede ser, en casos muy

Entre los tratados internacionales dotados de valor hermenéutico por el artículo 10.2 CE, el Convenio Europeo, así como la interpretación del mismo realizada por el Tribunal Europeo, ocupa un lugar privilegiado⁵⁰⁰. Además, en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales del menor, la Convención de Derechos del Niño ha ejercido un extraordinario influjo, que supuso, como ya se puso de relieve en el primer capítulo, una refundación del estatuto constitucional del menor, y que puso en marcha un proceso de especificación de sus derechos.

La última vía de entrada general que la Carta Magna ofrece al Derecho supranacional, recogida en su artículo 93⁵⁰¹, supone un grado de apertura mucho mayor, pues autoriza al Estado a ceder el ejercicio de competencias constitucionales a organismos supranacionales. El precepto legitima al Estado a participar en procesos de integración, como el europeo, proceso que ha alcanzado un grado tal de apertura constitucional, que admite la existencia de fuentes del Derecho que gozan de primacía sobre las normas estatales, incluso sobre las de rango constitucional.

Al margen de estas “vías de entrada” generales, determinadas normas supraestatales aplicables a los menores no acompañados, gozan de canales de entrada adicionales. Y ello en virtud de un doble reenvío específico a los tratados internacionales, previsto en la Constitución: por un lado, para contribuir a la delimitación de las posibilidades de ejercicio *iusfundamental* por parte de los extranjeros (artículo 13.1 CE), y por otro, para definir la protección que merecen los menores (artículo 39.4 CE).

Puesto que el alcance del primero de ellos ya fue analizado en el primer capítulo, corresponde ahora atender a la interpretación del segundo, en virtud del cual, “[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Varias dudas surgen en torno a la misma. ¿Cuál es el valor añadido del precepto con respecto al artículo 10.2 CE y/o el artículo 96 CE?

concretos y limitados, el derecho a la reagrupación familiar; pero que el Tribunal Constitucional no considera integrados en el artículo 18 CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11).

⁵⁰⁰ QUERALT JIMÉNEZ, A.: *La interpretación de los derechos...op.cit.*, p. 196.

⁵⁰¹ Artículo 93 CE: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

¿A qué acuerdos internacionales alude? ¿Sólo a los ratificados por España, o a todos los existentes en la materia? ¿Qué validez y eficacia reconoce a tales tratados en el ordenamiento jurídico interno?

Los debates parlamentarios previos a la aprobación del artículo 39.4 CE no aportan demasiadas pistas. Quizá lo más relevante en este sentido es que varias de las enmiendas que llevaron a la aprobación del texto definitivo, pretendían que el mismo aludiera expresamente a la Declaración de Derechos del Niño⁵⁰², como estrategia para facilitar su aplicación en España⁵⁰³. Ello puede arrojar cierta luz sobre el significado que el constituyente pretendió otorgar al precepto.

La interpretación del precepto tampoco es pacífica en la doctrina. Hay quien lo considera superfluo, sobre la base de que no aporta nada con respecto a los artículos 96 y 10.2 CE⁵⁰⁴.

Otro sector doctrinal, partiendo de que la futilidad del artículo sería un tanto absurda, y dado que los artículos 10.2 y 96 CE se refieren a los tratados ratificados por España, entienden que el campo de acción del artículo 39.4 CE es el de los

⁵⁰² ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

⁵⁰³ El apartado cuarto del artículo 39 CE no aparecía en el texto del Anteproyecto Constitucional, sino que fue incorporado por la Ponencia de la Comisión del Congreso a resultas de las enmiendas presentadas en el debate. De entre ellas, hubo varias que tuvieron mayor peso en la redacción definitiva. Una fue la del Grupo de la Minoría Catalana, cuyo contenido era: “Los poderes públicos aseguran, especialmente, el cumplimiento de la declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959”. El Grupo justificaba la presentación de la misma alegando que “ hasta la fecha no ha sido ratificada dicha declaración, con lo cual su eficacia en nuestro país es prácticamente nula y debería aprovecharse el texto constitucional para incorporarla definitivamente a nuestro ordenamiento jurídico” (Enmienda nº 138 del GP de Minoría Catalana). Una enmienda parecida proponía el Grupo Vasco. Pero sin duda las enmiendas con mayor influjo en la redacción definitiva de la disposición fueron las del Grupo Mixto, en virtud de la cual, “[l]os poderes públicos acomodarán su actuación a la Declaración Universal de los Derechos del Niño”, y la del señor Gómez de las Rocas (“los poderes públicos asumen la obligación de velar por el cumplimiento de los derechos del niño, protegiendo su salud, amparando su formación y observando cuantas declaraciones suscriba el Estado español”. Así, en consideración a las enmiendas recibidas, la Ponencia decidió incluir un nuevo precepto: “Los niños gozarán de una protección especial de la sociedad y de los poderes públicos de acuerdo con los textos internacionales que velan por sus derechos”. En su paso por el Senado, el texto quedó modificado como sigue: “Los niños y los subnormales gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Finalmente, la Comisión Mixta suprimió a referencia a “los subnormales”, y el precepto quedó así plasmado definitivamente. En ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pp. 135-146.

⁵⁰⁴ En esta línea: ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: *La protección de los derechos del niño...op.cit.*, pp. 154-155; GONZALEZ LEÓN, C.: *El abandono de los menores en el Código Civil*, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1995, p. 20 y 21.

acuerdos internacionales en materia de protección del menor no ratificados por España. Según estos autores, dado que estos acuerdos, al no estar ratificados, no pueden formar parte del ordenamiento jurídico, el precepto les otorgaría un valor de principio programático, que serviría de inspiración al legislador, así como de elemento revelador de la realidad social a tener en cuenta en la interpretación de las leyes (artículo 3.1 CC)⁵⁰⁵. Sin embargo, no tiene sentido atribuir una suerte de valor hermenéutico a normas cuya ratificación no ha sido autorizada por las instituciones estatales competentes (artículos 94-96 CE).

Por otra parte, Ana RUIZ LEGAZPI defiende que el efecto del artículo 39.4 CE es en cierto modo similar al del artículo 10.2 CE, pero, a diferencia de este último, que según la autora tiene por objeto a los derechos fundamentales en sentido estricto (Capítulo II)⁵⁰⁶, aquél tendría como objeto el principio rector de protección del menor, recogido en el mismo artículo 39 CE. Si bien ambos preceptos se refieren a tratados ratificados por España, el alcance del 39.4 CE con respecto a la protección del menor, según RUIZ LEGAZPI, va más allá que el del artículo 10.2 CE con respecto a los derechos fundamentales, puesto que, por obra del primero, el contenido de los tratados no sólo influye en la exégesis del artículo 39 CE, sino que se integra materialmente –que no formalmente- en su contenido⁵⁰⁷.

En nuestra opinión, la interpretación del precepto ha de ser sistemática, y tener en cuenta su naturaleza de principio rector. Ello, unido al tenor literal de la disposición, la distancia de los artículos 10.2 y 96 CE.

En primer lugar, atendiendo a la literalidad del artículo 39.4 CE, éste no dispone que se empleen los acuerdos internacionales como canon hermenéutico, como hace el artículo 10.2 CE, sino que ordena algo más, ordena directamente su cumplimiento. No será necesario, por tanto, disponer de una apoyatura

⁵⁰⁵ Defienden esta idea: ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Artículo 39: Protección de la Familia”, *op.cit.*, p. 61; ESCUDERO LUCAS, J.L.: *La tuición del menor abandonado (artículo 172 del Código Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1995, p. 21; PÉREZ VERA, E.: “El derecho de protección de los menores”, en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1299-1307, p. 1304; DÍAZ CREGO, M.: “Niños y adolescentes”, en ESCOBAR ROCA G. (Dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1619-1723, p. 1626.

⁵⁰⁶ Una opinión que, como se acaba de comprobar, no es unánime en la doctrina.

⁵⁰⁷ RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de menores extranjeros...op.cit.*, p. 222-224.

constitucional, para poder integrar los derechos reconocidos en los tratados, como ocurre con el artículo 10.2 CE.

Pero ¿el cumplimiento de qué tratados? ¿Sólo de los ratificados por España? ¿Hasta qué punto, o de qué forma, vinculan?

El precepto, como principio rector, constituye un mandato de optimización a los poderes públicos, y como tal habrá de interpretarse la obligación de proporcionar al menor la protección prevista en los acuerdos internacionales en la materia. Es decir, los poderes públicos tendrán que brindar dicha protección en la mayor medida posible. Y la “medida posible” de cumplimiento dependerá, en primera instancia, de si se trata de tratados ratificados por España o no. En efecto, dado que, a diferencia del artículo 10.2 CE, el precepto analizado no especifica que alude a los tratados ratificados, no se puede excluir a los que no lo están de su ámbito de actuación.

En este sentido, dependiendo de si se trata de tratados ratificados o no, el mandato de optimización del artículo 39.4 CE tendrá una repercusión *ad intra* o *ad extra*, respectivamente. En virtud de esta última, el Estado se verá obligado a promover, o remover obstáculos, para la ratificación de tratados internacionales en la materia, siempre y cuando, claro está, ello no suponga una merma tuitiva con respecto al estándar de protección interno, y sean compatibles con la Carta Magna⁵⁰⁸. De manera que lo que pretendería el precepto sería brindar al menor la tutela intensa, reforzada, que hay posibilidad de encontrar en los tratados internacionales. Ello es congruente con una interpretación histórica del precepto, pues, como se ha apuntado, varias de las enmiendas que condujeron a su aprobación, defendieron la inclusión en el mismo de un determinado instrumento internacional, la Declaración de Derechos del Niño, persiguiendo con ello, y esto es

⁵⁰⁸ Por consiguiente, *ex* artículo 39.4 CE, el Estado estaría obligado a estudiar la compatibilidad de tales tratados con la CE, y llevar a cabo otras acciones que faciliten la ratificación, de manera que no se dejen de ratificar tratados de protección de menores por razón de una actitud estatal poco diligente. Pero ha de quedar claro que ello no deberá influir sustancialmente en la soberana decisión de Cortes y Gobierno de ratificación de los tratados (artículos 93-96 CE). Es imposible, por tanto, compartir la interpretación de Antonio FERNÁNDEZ TOMÁS, en virtud de la cual, derivaría del precepto “una obligación de hacer, un *pactum de contrahendo*, que obliga al Estado a ser parte en todos los convenios protectores de la infancia”, vigentes y futuros. En: “La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M. (Coord.): *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Ed. Tecnos, 1993, pp. 341- 360, p. 354.

lo relevante, su aplicación en España, que hasta ese momento no se había puesto en marcha.

Y en segundo lugar, con respecto a los tratados en materia de protección del menor ratificados por España, el mandato de optimización tendrá una repercusión *ad intra*, consistente en aplicar su contenido en la mayor medida posible. Sin embargo, *ex* artículo 96 CE, dichos tratados, por estar ratificados, ya forman parte del ordenamiento jurídico interno, por lo que contribuyen, junto al legislador, a concretar el mandato del artículo 39 CE en un derecho del menor a protección. A su vez, ello implica que el legislador debe respetar, y garantizar las exigencias contempladas en dichos textos internacionales. Ello ocurre así con todos los principios rectores⁵⁰⁹. Pero entonces, ¿cuál es el valor añadido del reenvío del artículo 39.4 CE?

La respuesta parece ser que, en el caso de los tratados ratificados en materia de protección del menor, su contenido pasa a formar parte, materialmente, del principio rector constitucional⁵¹⁰. No ocurre lo mismo desde punto de vista formal, es decir, los tratados ratificados no pasarían a ser formalmente principios rectores, pues la modificación de su contenido se llevaría a cabo mediante la modificación del tratado de que se trate, sin ser necesario, obviamente, modificar la Constitución⁵¹¹.

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos de la consideración material de tales acuerdos, como principios rectores? En primer lugar, el contenido de los mismos deberá informar “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (artículo 53.3 CE). De ello se derivan consecuencias interesantes, como que el principio, internacionalmente consagrado, del interés superior del menor, debe informar, como ya se ha adelantado, la actuación de los poderes públicos. En segundo lugar, aquél contenido ha devenido canon de constitucionalidad de la ley.

⁵⁰⁹ Con respecto a la seguridad social, Javier GARCÍA ROCA afirma que “[t]he Constitution establishes a commitment on the part of public authorities to achieve and reinforce the standards fixed by several international treaties to which the Spanish Basic Law is receptive”, y que “[t]hese complex international regulations envisage some quite precise content of the Social Security institution, which is recognized by the Constitution and protected by law”. En “Constitutional principles concerning Social Security...*op.cit.*, pp. 13 y 16.

⁵¹⁰ Sin embargo, según FERNÁNDEZ TOMÁS, la eficacia normativa de dichos tratados, una vez ratificados, es similar a la que atribuye el art. 96.1 CE. *Idem*, p. 355.

⁵¹¹ En esta línea: RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de menores extranjeros...op.cit.*, p. 222-224.

La jurisprudencia constitucional parece avalar la consideración de los tratados ratificados por España en materia de protección del menor, como contenido del principio rector en cuestión⁵¹². En este sentido, en su jurisprudencia invoca el artículo 39.4 CE como un mandato genérico a los poderes públicos de protección a la infancia y a continuación completa o concreta el contenido material de dicho mandato con disposiciones recogidas en tratados internacionales sobre derechos de menores, en especial, la Convención de Derechos del Niño⁵¹³.

Por último, el hecho de que el artículo 39.4 CE utilice el término de “acuerdos” internacionales, en lugar de “tratados”, podría ser indicativo de la pretensión del constituyente de incluir en el mismo a determinados instrumentos de carácter internacional que carecen de fuerza jurídica vinculante, como era la Declaración de Derechos del Niño, que estuvo a punto de ser expresamente mencionada en este mismo precepto. De ser correcta esta exégesis, el mandato a los poderes públicos entrañaría también la obligación, algo más laxa, por la naturaleza no vinculante de las normas en cuestión, de aplicar, en la medida de lo posible, el contenido de este tipo de instrumentos de *sof law*, máxime si el Estado ha participado en su aprobación, o si se han aprobado en el seno de organizaciones de las que forma parte, por instituciones competentes para ello (un ejemplo serían las Comunicaciones aprobadas por la Comisión Europea).

En conclusión, la apertura constitucional al Derecho Internacional en materia de protección del menor extranjero, es especialmente intensa. A continuación, tras unas breves pinceladas a la norma internacional de mayor influencia en el Derecho

⁵¹² En la STC 30/1991, de 14 de febrero, FJ 5, afirma que el 39.4 CE “opera una recepción genérica de esas normas de protección que, sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en el caso del artículo 10.2 no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (art. 53.3 CE), los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título Primero, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”

⁵¹³ En la STC 55/1994, de 24 de febrero (FJ 2), el Tribunal considera el mandato del artículo 39.4 CE como finalidad constitucionalmente legítima de un trato diferenciado del menor, e invoca, junto a este precepto, el artículo 19 de la Convención de Derechos del Niño, para concretar en qué debe consistir la protección del Estado en el caso que se presenta. Utiliza dicha disposición internacional como uno de los parámetros para determinar la constitucionalidad del precepto legal recurrido, como si de un principio rector se tratara. Asimismo, en la STC 71/1990, de 5 de mayo (FJ 7), también se apoya en el artículo 39.4 CE, y en concretas disposiciones de convenios internacionales, que considera “directamente aplicables”, para convalidar la constitucionalidad de un régimen limitativo de publicidad en los procesos de menores. En la misma línea, de llenar el contenido del mandato de protección del 39.4 CE recurriendo a Tratados Internacionales: STC 141/2000, FJ5.

de protección de menores contemporáneo, la Convención de Derechos del Niño, se procederá a analizar el Derecho de la Unión en la materia, pues es éste el ordenamiento supranacional que está configurando de manera más determinante el estatuto del menor extranjero no acompañado. No obstante, no se puede perder de vista la jurisprudencia específica del Tribunal Europeo en la materia, que se abordará al final del capítulo.

2. El tratamiento del menor en Derecho Internacional.

En el Derecho Internacional vigente en España, y ajeno al ámbito regional europeo, no existen normas específicas sobre el tratamiento de menores extranjeros no acompañados, a excepción de los tratados bilaterales firmados con tres Estados (Senegal⁵¹⁴, Marruecos⁵¹⁵ y Rumania⁵¹⁶) para prevenir la inmigración de aquéllos y facilitar su repatriación⁵¹⁷. Por otra parte, el tratado universal de mayor importancia en materia migratoria, la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias*⁵¹⁸, no ha sido ratificado por España⁵¹⁹. Por ello, las principales exigencias procedentes del Derecho Internacional de ámbito

⁵¹⁴ *Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción*, Dakar, 5 de diciembre de 2006. BOE nº 173, 18 de julio de 2008, en vigor desde el 1 de julio de 2008.

⁵¹⁵ *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado*, Rabat, 6 de marzo de 2007; BOE de 22 de marzo de 2013, en vigor desde 2 de octubre de 2012.

⁵¹⁶ *Acuerdo entre Rumania y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos*, Madrid, 15 de diciembre de 2005; BOE núm. 195/2006, de 16 de agosto de 2006, vigente desde 19 de agosto de 2006.

⁵¹⁷ Art. 35.1: "El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos.

⁵¹⁸ Adoptada por la ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS en su Resolución 45/148, de 18 de diciembre de 1990. Entró en vigor el 1 de julio de 2003.

⁵¹⁹ Ningún Estado de la Unión Europea, ni Canadá, ni Estados Unidos, entre muchos otros, lo ha ratificado por el momento. Las razones que se aducen en el ámbito europeo son variadas: desde la superfluidad del Convenio (por considerar que las previsiones internas cumplen con el estándar de protección brindado por aquél), las contradicciones entre la norma internacional y la política migratoria europea, o las dificultades financieras de hacer frente a ciertas exigencias de la Convención relativas a la inmigración irregular. En DE LUCAS, J., RAMÓN, C. y SOLANES, A. (Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia): *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención Internacional de la Organización de Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, 18 de diciembre, Dym Catalunya, 2008, p. 5.

universal para el tratamiento de los menores no acompañados en España, constituyen normas de protección del menor.

Como explica Elisa PÉREZ VERA, el menor ha sido objeto de interés del Derecho Internacional desde una doble perspectiva tuitiva, a saber, la regulación de las relaciones privadas internacionales en las que se encuentra involucrado, y la protección de sus derechos humanos⁵²⁰.

La primera perspectiva, la de Derecho Internacional Privado, se ha plasmado en varios Convenios de la Conferencia de la Haya⁵²¹, que pretenden evitar la posible indefensión derivada de las dudas respecto a la autoridad responsable de activar determinados mecanismos para su protección, y respecto a las normas estatales aplicables.

Atendiendo a la segunda perspectiva, el menor lleva cerca de un siglo siendo objeto de interés del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que se refleja tanto en disposiciones específicas de tratados generales (Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵²², Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵²³, Declaración Universal de Derechos Humanos⁵²⁴), como en instrumentos específicos de protección a la infancia. Entre ellos destacan la *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*⁵²⁵, de 1924; la ya citada *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, de 1959, y la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, de 1989⁵²⁶, que a diferencia de las anteriores, está dotada

⁵²⁰ PÉREZ VERA, E.: “El derecho de protección de los menores”, *op.cit.*, p. 1305.

⁵²¹ Entre otros: *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, de 19 de octubre de 1996; *Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, de 25 de octubre de 1980; *Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional*, de 29 de mayo de 1993; *Convenio relativo al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias*, de 2 de octubre de 1973.

⁵²² Artículo 24.1 (transcrito supra).

⁵²³ Artículo 10.3 (transcrito supra).

⁵²⁴ Artículo 25.2: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

⁵²⁵ Constituye el primer reconocimiento internacional de los derechos específicos del menor de edad. Aprobada en la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

⁵²⁶ Entre los trabajos que han estudiado este Tratado, se encuentran: ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: *La protección de los derechos del niño...op.cit.*; CALVO GARCÍA, M.: “La implementación del Convenio sobre los Derechos del Niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, volumen I*, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 151-171; CARMONA LUQUE, M. R.: *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, 2011;

de fuerza jurídica vinculante. Esta última es la norma internacional más ampliamente ratificada de la historia⁵²⁷, aunque quizá a costa del elevado número de reservas presentadas por los Estados miembros⁵²⁸.

En torno a este Tratado, y con fundamento en él, así como en sus dos Protocolos Facultativos⁵²⁹, se ha erigido una suerte de sistema internacional de derechos del niño, en el que el Comité de los Derechos del Niño, órgano garante del cumplimiento de dichas normas, y la exégesis que realiza de las mismas, ocupan un lugar esencial.

La quintaescencia de la Convención y, por ende, del Derecho de menores contemporáneo, reside en los cuatro principios vertebradores de la misma, a los que el Comité se refiere como los “principios generales de la Convención”⁵³⁰, que no son otros que el interés superior del menor; la prohibición de discriminación; su derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y su participación en las decisiones que le afecten.

El contenido y los efectos hermenéuticos de los dos primeros, fueron analizados en el capítulo anterior, como exigencias internacionales que modulan el mandato constitucional de protección especial al menor. No obstante, no está de más mencionar en este punto, que la garantía, en el ámbito de la Convención, del

FERNÁNDEZ SOLA, N. : “Conflictos armados y derechos del niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, op.cit., pp.221-253; VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.): *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Bosh, Barcelona, 2006. Para una visión crítica de la Convención, véase: HAFEN, B.C. and HAFEN, J.O: “Abandoning children to their autonomy...op.cit.

⁵²⁷ Todos los Estados del mundo, excepto Somalia, Estados Unidos y Sudán del Sur, han ratificado la Convención.

⁵²⁸ El tema de las reservas se considera el «talón de Aquiles» de la Convención. Sin embargo, la libertad de los Estados para oponer reservas no es ilimitada, y la eficacia y validez de las mismas puede ser evaluada por los órganos convencionales que vigilan el cumplimiento de los tratados, que, en su caso, determinarán también las consecuencias derivadas de la invalidez de aquéllas. En concreto, el Comité de Derechos del Niño, aunque ha privilegiado la universalidad del texto frente a un estricto control sobre las reservas, sí se ha pronunciado en ocasiones sobre las reservas de carácter general, recomendando, eventualmente, a los Estados limitar el alcance de las mismas o retirarlas. En: *Informe de la reunión del grupo de trabajo sobre reservas. 18ª reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos*. Ginebra, 22 y 23 de junio de 2006.

⁵²⁹ *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, en vigor desde el 12 de febrero de 2002; *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2002.

⁵³⁰ La denominación se emplea habitualmente por el órgano de control. A modo de ejemplo: COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observación General nº 1: propósitos de la educación*. 26º período de sesiones (2001) (CRC/GC/2001/1).

principio de igualdad y no discriminación y del principio de universalidad en la protección de menores (que se consideraba derivado de aquél), queda empañada por las reservas y declaraciones que varios Estados europeos han presentado a la Convención. En virtud de las mismas, se da preferencia a las respectivas legislaciones de extranjería para la regulación de los derechos de los menores inmigrantes, lo que conlleva su exclusión de la titularidad de determinados derechos de la Convención⁵³¹, haciendo así prevalecer su condición de migrante sobre la de menor y contraviniendo el espíritu de esta norma. Como ya se mencionó, el Comité de Derechos del Niño prohíbe expresamente restringir derechos a los menores en base a su nacionalidad o estatus migratorio⁵³².

El derecho del menor a ser oído, o a participar en las decisiones que le incumban, está plenamente consolidado en todo nivel de protección del menor: internacional⁵³³, europeo (tanto en la Carta de Derechos Fundamentales⁵³⁴, como en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo⁵³⁵) y doméstico. En este último, como ya se expuso, el principio ha cristalizado en un derecho de entidad propia⁵³⁶, pero también en una facultad integrada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE).

El principio refleja de manera singular la nueva concepción jurídica del menor y el robustecimiento de la autonomía que la misma entraña. Tal y como se ha expuesto, está íntimamente conectado con la dimensión concreta del interés

⁵³¹ Tal fue el caso de Reino Unido, que hasta 2008 (año en que levantó la reserva correspondiente), excluyó a los menores inmigrantes de la titularidad de todos los derechos de la Convención. En la misma línea va una declaración presentada por Alemania en 1990, todavía en vigor, debido supuestamente a la falta de anuencia por parte de los *Länder* respecto a la retirada de la misma, siendo éste un requisito para que el Gobierno de la federación pueda hacerlo. Sin embargo, según la lectura de Human Rights Watch, en base a determinadas declaraciones emitidas por el Gobierno alemán (relativas al efecto llamada y consiguiente coste que la protección igualitaria a los menores inmigrantes podría conllevar), la falta de voluntad política para hacerlo proviene también del Gobierno. En: TROLLER, S. (HUMAN RIGHTS WATCH): *In the migration trap: unaccompanied migrant children in Europe*, 2010: <http://www.hrw.org/en/node/87786>

⁵³² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General n°6, *op.cit.*

⁵³³ Artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño.

⁵³⁴ Artículo 24.1.

⁵³⁵ La STEDH de 2 de marzo de 2010, *asunto Adamkiewicz contra Polonia*, habla de la primacía del interés del menor, así como de la promoción de la participación del menor en el proceso de modo acorde con su madurez, a la que también se debe adecuar el proceso mismo, con el fin de facilitar dicha participación, así como la comprensión por parte del menor.

⁵³⁶ Artículo 9.1 de la Ley del Menor.

superior del menor, pues su determinación tomará en consideración la opinión del menor en la medida que su madurez lo permita.

El ejercicio eficaz del derecho implica que el menor esté informado. Con respecto a los menores no acompañados, el Comité de Derechos del Niño ha establecido que “es imperativo que los menores dispongan de toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación en el país de origen”⁵³⁷.

El último de los principios generales de la Convención es el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor⁵³⁸. Quizá la justificación de erigir un derecho fundamental como la vida en principio general, junto a la supervivencia y desarrollo del menor, se justifica sólo desde la perspectiva del valor añadido que puede derivarse de su consideración global y vinculada al menor⁵³⁹. Así podría inferirse de las palabras del Comité: “los niños tienen derecho a que no se les arrebate arbitrariamente la vida, así como a ser beneficiarios de las medidas económicas y sociales que les permitan sobrevivir, llegar a la edad adulta y desarrollarse en el sentido más amplio del término”⁵⁴⁰. Tratándose del menor, la vida adquiriría un relieve diverso del habitual. Una interpretación sistemática del precepto permitiría considerar la existencia de una obligación positiva de los poderes públicos de garantizar y promover el desarrollo integral del menor, mediante la garantía y promoción de todos y cada uno de los derechos que la Convención les reconoce⁵⁴¹. En el caso específico de los menores inmigrantes no acompañados, el Comité ha

⁵³⁷ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO de la ONU: Observación General n° 6, *op.cit.*

⁵³⁸ Artículo 6 de la Convención: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

⁵³⁹ CARMONA LUQUE, M. R.: *La Convención sobre los Derechos del Niño...op.cit.*, p. 118.

⁵⁴⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO de la ONU: Observación General n° 3, de 17 de marzo de 2003, CRC/GC/2003/3: *el VIH/Sida y los derechos del niño*.

⁵⁴¹ “The Committee on the Rights of the Child has emphasized that it sees child development as a holistic concept, embracing the whole Convention. In the Guidelines for Periodic Reports, it asks States to describe measures taken ‘to create an environment conducive to ensuring to the maximum extent possible the survival and development of the child, including physical, mental, spiritual, moral, psychological and social development [...]’, en HODGKIN, R. y NEWELL, P. (UNICEF): *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3ª Ed., septiembre de 2007 (p. 93).

evocado este principio para exhortar a los Estados en la lucha contra la trata y la explotación sexual de menores⁵⁴².

Aunque el Comité no lo haya incluido entre los principios generales de la Convención, también se considera inserto en la misma⁵⁴³ otro de los principios consolidados en la protección contemporánea del menor, plasmado tanto en la jurisprudencia supraestatal como en la constitucional, y dotado de una especial relevancia para el colectivo objeto de estudio, que no es otro que el principio de unidad familiar.

Y por último, recordar que la Convención de Derechos del Niño forma parte del ordenamiento jurídico español (artículo 96 CE), del contenido material del artículo 39.4 CE, y se ha de tener en cuenta en la exégesis de los derechos del Título I de la Carta Magna (10.2 CE). Asimismo, como se comprobará en el siguiente epígrafe, la Convención es una referencia frecuente en las normas y la jurisprudencia comunitaria.

3. Derecho de la Unión Europea: la disociación del estatuto del menor no acompañado derivada de la integración.

3.1. Introducción.

La asunción, por parte de la Unión Europea, de competencia compartida en materia de inmigración, comportó una disociación del estatuto del menor no acompañado a efectos competenciales, susceptible de generar vacíos de protección. Y ello se debe a la circunstancia de que la Unión, que actuando en materia de inmigración puede afectar –y de hecho, afecta– a la esfera jurídica del menor inmigrante; carece, sin embargo, de competencia en materia de protección del menor, que permanece en el ámbito estatal interno. Vayamos por partes.

⁵⁴² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO de la ONU: Observación General nº 6, *op.cit.*

⁵⁴³ Artículo 9.1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

En primer lugar, parte de la normativa sobre inmigración (que antes recaía en su totalidad en el núcleo duro de la soberanía estatal), ahora dimana de instancias comunitarias, y dicha normativa europea se aplica tanto a inmigrantes menores como adultos, sin proporcionar a los primeros un régimen específico de protección, sino aisladas garantías atenuantes de la regulación general. Ello, unido a la falta de legitimidad de la Unión para actuar en materia de protección del menor, genera vacíos de protección.

Las cosas eran distintas antes de la “comunitarización” de la migración, cuando tanto la competencia sobre esta materia, como la relativa a la protección de menores, permanecían en su totalidad en el feudo del Derecho interno, por más que, en un determinado momento, la competencia sobre protección del menor fuera asumida por las Comunidades Autónomas mientras que la competencia en materia de inmigración permaneciera en manos del Estado. Aún así, estos dos entes, integrados en un mismo ordenamiento constitucional, que provee canales normalizados y sistematizados de comunicación, así como mecanismos de supervisión respecto a potenciales injerencias competenciales y/o conculcaciones iusfundamentales, pueden coordinar su actuación de forma relativamente sencilla. De hecho, Estado y Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus funciones en materia de inmigración, el primero; y en materia de protección del menor, las segundas, colaboran estrechamente en lo que respecta al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados, dada la zona limítrofe que estos ocupan en el terreno competencial.

Sin embargo, desde que la Unión ha asumido competencia compartida en materia de inmigración, el estatuto del menor inmigrante se ha visto escindido, pues la regulación de los aspectos relacionados con su condición de menor permanece en el ámbito interno, de manera que la coordinación deviene más difícil. Puede darse, en este sentido, la circunstancia de que la regulación europea en materia de inmigración contradiga o sobrepase la protección brindada al menor en el ámbito doméstico⁵⁴⁴. El riesgo de desprotección incrementa exponencialmente si se considera que los valores sobre los que se asienta la política migratoria europea, a

⁵⁴⁴ Por ejemplo, el Derecho Comunitario permite el internamiento, la expulsión y la prohibición de entrada de menores, mientras que dichas medidas se consideran prohibidas por el Derecho interno.

saber, el utilitarismo y la seguridad, son completamente distintos de aquellos que inspiran la protección de menores.

Por más que los derechos fundamentales del menor, y específicamente los recogidos en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, “la Carta”), constituyan límites frente a la actuación de las instituciones comunitarias; las exigencias que derivarían de la efectiva regulación de la protección del menor, no existen en la actualidad en la esfera de la Unión, por no contar ésta con competencia en la materia⁵⁴⁵.

Para atemperar la pérdida de garantía que el estatus del menor sufre con la bifurcación competencial, es preciso, como se verá, bien que la Unión asuma competencia en materia de protección del menor, lo que todavía no ha ocurrido, y no está clara la conveniencia de que ocurra en el corto plazo; o bien profundizar en el cariz transversal de la protección de los derechos del menor, de manera que tal protección se infiltre en cada una de las políticas comunitarias susceptibles de afectar a la esfera jurídica de aquél, para promover activamente tales derechos. Es esta última, y no la asunción competencial, la dirección en la que las instituciones comunitarias están avanzando en los últimos tiempos.

A continuación se analizarán, en primer lugar, las posibilidades de actuación de la Unión en materia de protección del menor (3.2), para desentrañar qué exigencias proceden de dicha protección frente a las disposiciones de la política migratoria europea dirigidas específicamente al menor no acompañado, que se abordarán en segundo término (3.3).

3.2. La protección del menor.

3.2.1. Falta de competencia comunitaria en materia de protección del menor.

⁵⁴⁵ Como explica Sandra LAVENEX, la incompleta forma de gobierno de la Unión Europea, permite “vías de escape” para medidas que exceden los confines del orden estatal interno. No obstante, sigue la autora, tales “vías de escape” pueden ser gradualmente “alcanzadas” por el proceso de constitucionalización, ya que éste abre paso a nuevas restricciones frente al poder de la Unión, emulando, de manera imperfecta, algunos de los límites políticos y jurídicos vigentes a nivel nacional. En: “Towards the constitutionalization of aliens’ rights in the European Union?”, en *Journal of European Public Policy*, volume 13, issue 8, Diciembre 2006, pp. 1284-1301, p. 1285.

Hasta épocas relativamente recientes, el menor, como tal, ha permanecido ajeno a la órbita comunitaria. El hecho de no ser un agente económico, lo alejó durante muchos años del proceso de construcción de la Unión, basado originariamente en la creación de un mercado interior para Estados y empresas⁵⁴⁶. Esta desconexión esencial existente entre el menor y la Unión, se ha reproducido, e incluso agravado, como se verá más abajo, en el caso específico del menor no acompañado.

El alejamiento entre ambos ha influido en que la Unión no haya asumido competencia en materia de protección de menores. Lo que, a su vez, determina las escasas posibilidades reales de actuación en dicho ámbito, dado que las “reglas del juego” del orden competencial comunitario, vertebrado por el principio de legalidad constitucional⁵⁴⁷, exigen, además de respeto al Derecho de rango superior por parte de cualquier actuación de la Unión (vertiente negativa de aquél principio), que tal actuación cuente con legitimación expresa en los Tratados constitutivos o en Derecho derivado⁵⁴⁸ (vertiente positiva, o principio de atribución expresa de competencias). Se niega así, de manera implícita, la existencia de una competencia normativa general de la Comunidad⁵⁴⁹. Es dudoso, por otra parte, que la Unión pueda actuar en materia de protección del menor, así como en otras en las que no

⁵⁴⁶ POILLOT PERUZZETTO, S. “Les droits de l’enfant dans l’ordre communautaire”, en GADBIN, D. y KERNALEGUEN, F.: *Le statut de l’enfant dans l’espace européen*, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 32- 64, pp. 33-34.

⁵⁴⁷ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, año nº 6, nº 12, 2002, págs. 343-391, p. 350.

⁵⁴⁸ Artículo 5 TUE: “1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. Artículo 2.6 TFUE: “El alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito”. Las competencias comunitarias pueden ser “exclusivas”, “compartidas”, o “de apoyo, coordinación o complemento” (arts. 3-6 TFUE).

⁵⁴⁹ VON BOGDANDY, A., BAST, J.: «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y ss., p. 24. Sostienen los autores que aunque el principio de legalidad constitucional se fraguó en el Tratado de la Comunidad Europea y, por tanto, en la esfera comunitaria, parece existir consenso en que también era de aplicación en el ámbito del Derecho de la Unión, es decir, en el de los antiguos segundo y tercer pilar (p. 21).

ostenta competencia, mediante disposiciones que carezcan de fuerza jurídica vinculante. A pesar de que en la práctica las instituciones comunitarias a menudo utilizan esta vía de actuación cuando carecen de legitimidad competencial⁵⁵⁰, una interpretación extensiva del concepto de “competencia”, a la que no es infrecuente que se adscriba la doctrina, impediría también que la Unión emitiera instrumentos de *soft law* en aquellas materias⁵⁵¹.

Sin embargo, uno de los paliativos o válvulas de escape previstos frente al aparentemente estricto sistema de distribución competencial, es el de la llamada “cláusula de imprevisión, flexibilidad o de competencias subsidiarias”, según la cual, la Unión podrá disponer, además de las competencias expresamente atribuidas, de otras que le sean necesarias para la realización de los objetivos fijados por los Tratados, si bien, siempre dentro de las políticas definidas por éstos (art. 352 TFUE⁵⁵²)⁵⁵³.

⁵⁵⁰ Como explica Ricardo ALONSO GARCÍA, los instrumentos de *soft law* comunitario se han utilizado a menudo de forma alternativa al *hard law* desde una perspectiva competencial, es decir, “no es infrecuente el recurso al *soft law* en sectores en los que resulta más que dudosa su competencia para intervenir si quiera a título no vinculante”, en “El *soft law* comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, n° 154, enero-abril 2001, pp. 63- 94, p. 77.

⁵⁵¹ VON BOGDANDY habla de “extensión de la exigencia de competencia”, en: «El orden competencial vertical...*op.cit.*, p. 24. Asimismo, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES también opina que “el principio de atribución expresa de competencias rige para todo acto que elaboren las instituciones de la Unión, incluidas las resoluciones, dictámenes y -en contra de lo que en ocasiones suele afirmarse-hasta para los actos no previstos en el artículo 241 TCE como son, por ejemplo, las Comunicaciones de la Comisión”, en: “La delimitación de competencias...*op.cit.*, p.350.

⁵⁵² Artículo 352.1. TFUE: “Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo”. Si bien hasta los años noventa existía el debate de si el artículo 308 TCE (precursor del 352.1 TFUE) podría aportar cobertura legal a la Comunidad para que ésta legislara en áreas no específicamente mencionadas en los Tratados constitutivos, el TJCE, en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 (Rec I-1759), restringió el ámbito de aplicación del artículo en cuestión a la realización de los objetivos expresamente incluidos en aquéllos. En: CULLEN, H.: “Children’s Rights”, *op.cit.*, p.337.

⁵⁵³ Otra válvula de escape, o cláusula de cierre del sistema competencial europeo es el principio de poderes implícitos, fraguado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense. En virtud de dicho principio, pueden considerarse existentes ciertas competencias de la Unión, aunque no vengán explícitamente recogidas en el texto de los Tratados. Sobre la virtualidad de este principio, así como de la cláusula de imprevisión, y el deslinde conceptual de ambos, véase FRAGOSO MARTINS, P.: “5. Princípio das competências atribuídas e princípio das competências implícitas”, en OLIVEIRA PAIS, S. (Coord.): *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 155-178.

Esta cláusula puede ser relevante para el tema de la protección del menor, pues a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el TUE encomienda, en su artículo 3, a la Unión, “el fomento de la protección de los derechos del niño”⁵⁵⁴, siendo la primera vez que la materia aparece recogida en los tratados. El origen directo de la disposición, que es el artículo I-3 del fallido *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, da cuenta de la naturaleza de la misma, que no es otra que la de un “objetivo” de la Unión, y así lo han considerado, sin ningún reparo, las instituciones comunitarias⁵⁵⁵, a pesar de que, a diferencia del Tratado Constitucional, el Tratado de Lisboa no califica directamente estas cláusulas de “objetivos”, sino de “disposiciones comunes”. Aunque según el principio de atribución expresa de competencias, la mera existencia de un objetivo no legitima la actuación comunitaria en una materia, sino que es necesario que exista una base legal específica y expresa en el Tratado⁵⁵⁶, y de que, en este caso, dicha base legal no existe (no hay ninguna otra disposición en los tratados que habilite expresamente a la Unión a actuar en materia de protección del menor y de sus derechos); ¿podría entrar en juego la cláusula de imprevisión, que legitimara la actuación de Unión en materia de protección del menor, por ser ésta necesaria para cumplir el objetivo de promover sus derechos? la respuesta a este interrogante es cuanto menos controvertida, pues al regular dicha cláusula, el Tratado de Funcionamiento (artículo 3.3) exige que la acción comunitaria en cuestión se halle siempre “en el ámbito de

⁵⁵⁴ Artículo 3.3. TUE: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño [...]”.

⁵⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social: Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*, de 15 de febrero de 2011, COM(2011) 60 final. El instrumento comienza afirmando que: “[e]l fomento y la protección de los derechos del niño es uno de los objetivos de la UE en los que el Tratado de Lisboa ha hecho mayor hincapié. Concretamente, el artículo 3, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea exige hoy en día explícitamente a la UE que fomente la protección de los derechos del niño”.

⁵⁵⁶ Como explica Enoch ALBERTÍ ROVIRA, “[e]stos objetivos y finalidades no dan lugar, por sí mismos, a competencias comunitarias, pero constituyen el primer paso hacia su definición y concreción, mediante la determinación en los Tratados de las acciones necesarias para lograr estos objetivos y, después, de las concretas actuaciones que se habilitan a favor de las instituciones comunitarias para llevar a cabo tales acciones”. En: “La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, enero-marzo 2003, pp. 81-110, p. 89.

las políticas definidas en los 'Tratados', y no hay, entre ellas, ninguna en esta materia⁵⁵⁷.

Sin embargo, los derechos del menor, así como el principio de su interés superior, están contemplados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, a la que el Tratado de Lisboa atribuye el mismo valor jurídico que los Tratados, es decir, naturaleza de Derecho originario. De ello deriva la obligación de la Unión, y de los Estados al aplicar sus políticas, de respetar aquéllos derechos. No obstante, las posibilidades de promoción de los mismos, careciendo de competencia en materia de derechos fundamentales, en general, y de protección del menor, en particular, están encorsetadas, y rodeadas de una nebulosa que más abajo se abordará.

En suma, la ausencia de competencia de la Unión en materia de protección y/o derechos del menor, junto a la falta de competencia general en materia de derechos fundamentales, unidas a la tradicional invisibilidad de aquél en la órbita comunitaria⁵⁵⁸, entrañan hipotéticas situaciones de desprotección, derivadas de regulaciones comunitarias que, si bien afectan al menor, no provienen de un ente directamente responsable de la garantía de sus derechos. Como se comprobará más abajo, estos vacíos de protección son más preocupantes en situaciones de vulnerabilidad agravada, como la de los menores no acompañados. Y es que, si el menor, como tal, ha quedado, durante mucho tiempo, lejos de la órbita comunitaria, el menor no acompañado, en particular, ha ocupado un lugar remoto en la cadena de intereses de la Unión. Teniendo en cuenta que el *status* del menor en la Unión, depende en parte del de sus padres⁵⁵⁹, y que el menor no acompañado no es hijo de trabajadores comunitarios, ni de extracomunitarios residentes, y ni

⁵⁵⁷ No obstante, ha de tenerse presente la falta de claridad del sistema de atribución de competencias en la Unión, que impide respuestas tajantes a este tipo de cuestiones. Como dice Enoch ALBERTÍ, “[p]ese a que las competencias comunitarias disponen de una estructura básica general, que las organiza sobre la base de los tres elementos indicados —finalidades, acciones, actos—, se hace muy difícil reconocer un sistema razonablemente homogéneo de poderes que permita determinar con carácter general las potestades de que dispone la Unión en los diversos ámbitos de actuación comunitaria”. En: “La delimitación de las competencias... *op.cit.*, p. 91.

⁵⁵⁸ CULLEN, H.: “Children’s Rights”, *op.cit.*, p.337.

⁵⁵⁹ Como dice Holly CULLEN, el menor no nacional – ya sea comunitario o extracomunitario- es tratado por la Unión desde un enfoque centrado en la familia, no en el menor en sí. En “Children’s Rights”, *op.cit.*, p. 325.

siquiera tiene a su familia en el territorio de la Unión, ésta no ha llegado, hasta las últimas décadas, a este colectivo, casi ni siquiera “de carambola”.

Como consecuencia de la falta de legitimación competencial, la relación del menor con la Unión ha sido predominantemente indirecta⁵⁶⁰, de manera que la inmensa mayoría de las veces en las que aquél se ve afectado por normas o actos comunitarios, constituyen supuestos “de carambola”, *par ricochet*, por su relación con un sujeto o materia de verdadero interés comunitario. Serán, dichas normas o actos comunitarios, producto de miradas parciales al menor, lejos de una consideración global, integral y prioritaria del mismo⁵⁶¹. Sea como fuere, dichas carambolas demuestran que la Unión no puede evitar al menor, éste termina emergiendo, de una u otra forma, en la esfera comunitaria. Puesto que las políticas de la Unión le van a afectar inexorablemente, ésta, quiera o no, ha de hacerle frente⁵⁶². Como dice Sylvaine POILLOT, la Unión Europea se topa con el menor sin haberlo buscado, pero dicho encuentro la obligará a elevar su registro y su visión⁵⁶³.

No obstante, las limitadas posibilidades de aprobar normas vinculantes en materia de protección del menor, derivadas de la falta de competencia comunitaria en la materia, contrastan con el mayor control o escrutinio para el que la Unión está legitimada en esta materia en el marco de su acción exterior, con respecto a la actuación de terceros Estados⁵⁶⁴. Se produce así la paradoja, señalada por Bruno

⁵⁶⁰ PRINGLE, K: *Children and social welfare in Europe*, Open University Press, Buckingham, 1998.

⁵⁶¹ La falta de tratamiento sistemático del menor en el marco de la Unión se ha denunciado desde distintas perspectivas. El PARLAMENTO EUROPEO, en su *Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea* A4-0393/1996, de 12 de diciembre de 1996 (DO C 20, de 20.1.1997), se mostraba “preocupado por el hecho de que la Unión Europea no aplique ningún tipo de política orientada directamente a los derechos del niño y, en consecuencia, a la mejora de las condiciones de vida del niño”. Desde la perspectiva del régimen de trabajo de menores, reclamando un marco jurídico más racional y comprensible: ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F.: “Los derechos del niño y de las personas mayores”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V.: *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 849-898, p. 857.

⁵⁶² Ello ha provocado que en los últimos años hayan proliferado instrumentos que, bien de manera específica (en forma de *soft law*), bien en el marco de la regulación de materias convergentes, contemplan su protección. Todos ellos aparecen mencionados en la siguiente relación confeccionada por la COMISIÓN EUROPEA: *EU acquis and policy documents on the rights of the child*, JUST.C1/MT, actualizado por última vez el 3 de julio de 2013.

⁵⁶³ POILLOT PERUZZETTO, S. “Les droits de l’enfant ...*op.cit.*”, p. 37.

⁵⁶⁴ La Comunicación de la COMISIÓN EUROPEA *Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia* (Bruselas, 04/07/2006, COM (2006) 367 final) dio lugar al desarrollo de un marco político de gran alcance para la acción exterior de la UE, que incluye, entre otros instrumentos, la Resolución del PARLAMENTO EUROPEO, de 19 de febrero de 2009, *sobre el lugar especial que corresponde a la infancia en la acción exterior de la UE*, y las *Directrices de la UE sobre los*

DE WITTE, de que el estándar de protección de los derechos del menor exigido a los Estados miembros es más bajo que el exigido a terceros Estados candidatos a la adhesión⁵⁶⁵. Y es que, por más que la Unión carezca de competencia en materia de derechos del menor, el nivel de protección a la infancia, constituye uno de los criterios de adhesión a la misma⁵⁶⁶, y también puede ser objeto de escrutinio en el ámbito de sus relaciones exteriores⁵⁶⁷. Existe, por tanto, un doble rasero para medir el respeto a los derechos del menor, uno para los Estados candidatos y otro para la propia Unión o sus Estados miembros⁵⁶⁸.

Ahora bien, volviendo al ámbito interno de la Unión, ¿cómo podría ésta incidir en la protección del menor y de sus derechos? en el escenario competencial descrito, la única estrategia de incidencia sería la de maximizar las posibilidades comunitarias de actuación, bajo el auspicio de otros títulos competenciales, para la realización de los derechos del menor, es decir, utilizar el ejercicio de otras

Derechos del Niño (2007), las *Directrices de la UE sobre los niños y los conflictos armados* (2003, actualizada en 2008), las *Conclusiones del Consejo sobre las dimensiones humanitaria y de desarrollo de los derechos del niño* (2008) y las *Conclusiones del Consejo sobre el trabajo infantil* (2010).

⁵⁶⁵ DE WITTE, B. y TOGGENBURG, G.N.: “Human rights and membership of the European Union”, en PEERS, S. y WARD, A (ed.s): *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 59-82.

⁵⁶⁶ Como se explica en la Comunicación de la COMISIÓN *Hacia una estrategia de la UE sobre los derechos de la infancia*, “[e]n el marco de los denominados criterios políticos, determinados por el Consejo Europeo de Copenhague de 1993, la Comisión ha fomentado la reforma de la protección de la infancia durante todo el proceso de adhesión, y ha llevado a cabo un seguimiento atento de los esfuerzos realizados respecto de los derechos de los niños, por los países adherentes y los países candidatos a la adhesión. La política de vecindad europea, así como la Asociación estratégica para Rusia, son instrumentos importantes para promover los derechos de la infancia en la vecindad de la UE y las primeras acciones ya han sido puestas en práctica”. En 2007, la Comisión emite las *Directrices de la UE para la promoción y protección de los derechos del menor*, concebidas para orientar la política exterior de la Unión en esta materia.

⁵⁶⁷ El COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL critica la Comunicación de la Comisión *Hacia una estrategia de la UE sobre los derechos de la infancia*, por dar más relevancia a la situación general (mundial) de los derechos del niño que a la situación de los mismos en la Unión Europea. En *Dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión – Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”* (2006/C 325/16), DOUE C 325/65, de 30 de diciembre de 2006, párr. 5.1.

⁵⁶⁸ Si bien DE WITTE y TOGGENBURG señalan los derechos de los niños como un ámbito en el que este doble rasero es especialmente ostensible, los autores extienden este fenómeno a los derechos humanos en general, en el sentido que, una vez que un Estado se convierte en miembro de la Unión, ésta podrá controlar que el mismo respete los derechos fundamentales cuando actúe en el ámbito de la Unión, no pudiendo inmiscuirse en la situación general en materia de derechos humanos del país en cuestión, a no ser que se trate de casos extremos, en que los mismos se estén vulnerando de forma continuada y persistente. Esto sucede especialmente con aspectos que, si bien son debidamente examinados en los informes de acceso de los Estados a la Unión, luego dejan de ser revisados por no recaer bajo las competencias de ésta. Junto a los derechos de los niños, se hallan también en esta situación los derechos de las minorías, y las condiciones de las cárceles. En “Human rights and membership... *op.cit.*, p. 69.

competencias que afecten de forma significativa a la esfera jurídica del menor, para proporcionarle protección en dichos sectores. De este modo, en virtud del necesario respeto de toda actuación de la Unión a los derechos fundamentales comunitarios, y en particular, a los derechos del menor (art. 24 de la Carta), podría consolidarse la existencia de un principio de protección del menor de carácter transversal y de valor al mismo tiempo impeditivo y “habilitante”, es decir, que funcione como límite frente a todas y cada una de las políticas que la Unión desarrolle, y que deba ser tenido en cuenta, estudiado y promocionado de forma sistemática, en cada medida adoptada por la Unión que afecte a los menores.

A continuación se explorarán, en primer lugar, formas de maximizar las posibilidades de actuación de la Unión en el marco de esta estrategia, con la finalidad de minimizar o evitar las situaciones de desprotección que puedan derivar de la actividad normativa comunitaria desplegada en otros ámbitos, que afecte a la esfera del menor. Posteriormente se aludirá al fundamento jurídico de la estrategia propuesta. Se estaría, de este modo, avanzando hacia el cumplimiento del objetivo, fijado por el Parlamento Europeo, “de establecer un fundamento jurídico que posibilite una política comunitaria respecto a los niños, preservando el principio de subsidiariedad”⁵⁶⁹.

3.2.2. Modalidades de incidencia comunitaria en la materia y fundamento jurídico de las mismas.

- i. La protección fragmentaria del menor como estrategia. Ejemplos de bases habilitantes.

En primer lugar, no es ocioso recordar que el menor comunitario, como ciudadano de la Unión que es, es titular de los derechos y libertades que a éstos les corresponden en el ámbito comunitario⁵⁷⁰. Al margen de ello, se atenderá a

⁵⁶⁹ PARLAMENTO EUROPEO: Resolución A3-314/91, de 13 de diciembre de 1991, *sobre los problemas de los niños en la Unión Europea*. Años más tarde se muestra “[p]reocupado por el hecho de que la Unión Europea carezca de una política orientada directamente a los derechos del niño y, en consecuencia, a la mejora de las condiciones de vida del niño”, en Resolución A4-0393/1996, de 12 de diciembre de 1996, *sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea*, DO C 20, de 20/01/1997.

⁵⁷⁰ Véase, en este sentido, MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 24. Derechos del niño”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 441-453, p. 443.

continuación a la protección especial que al menor, como tal, se le debe, y a la estrategia que la Unión puede utilizar para garantizarla, en la mayor medida posible, y con respeto al vigente reparto competencial. Una estrategia que consistirá, por tanto, en maximizar sus posibilidades de actuación en este sentido, en el marco del ejercicio de competencias que inciden en la esfera del menor, o cuyo desarrollo natural repercuta en su estatuto. Esta vía tiene una doble dimensión, material y formal.

Comenzando por la dimensión material, hay múltiples bases jurídicas que pueden contribuir a la protección del menor, y a continuación se proporcionarán algunos ejemplos, tratando de abordar las más relevantes⁵⁷¹.

En primer lugar, habría que aludir a una categoría de menores que, excepcionalmente, sí que es objeto directo de interés comunitario, que no es otra que la de los **jóvenes trabajadores**; si bien el interés no lo suscita la condición de joven o de menor, sino la de trabajador, es decir, la de agente partícipe en el mercado común⁵⁷². De este modo, los trabajadores comunitarios menores de edad gozan de todos los derechos que la Unión ha ido paulatinamente reconociendo a los trabajadores comunitarios como tal, comenzando por la libertad de circulación y residencia en su versión “reforzada”⁵⁷³, así como las libertades de prestación de servicios o de establecimiento. Asimismo, y siempre desde la perspectiva del trabajador vulnerable, no del menor como tal, se han aprobado una serie de medidas tendentes a proporcionar una protección específica a este sector de trabajadores del mercado común⁵⁷⁴, entre las que destaca, por ser la única de

⁵⁷¹ Con respecto a las áreas de actuación susceptibles de ser utilizadas en pro de la protección del menor y sus derechos antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa: CULLEN, H.: “Children’s Rights”, *op.cit.*, pp. 334-337.

⁵⁷² El COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL pretende corregir dicho enfoque al matizar que “[l]a importancia de los niños no sólo debe estribar en el hecho de que serán adultos y constituirán mano de obra, sino también en que la infancia es un periodo de vida fundamental y valioso por sí mismo”, en *Dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión – Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”*, *op.cit.*

⁵⁷³ Las personas laboralmente activas gozan de un régimen de derechos – adscrito a la libertad de circulación y de residencia - más beneficioso, adquirido desde los años 60. BLÁZQUEZ PEINADO, M.D.: “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 233, Septiembre-Octubre 2004, pp. 18-32.

⁵⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA: Recomendación 67/125/CEE, dirigida a los Estados miembros, de 31 de enero de 1967, *sobre la protección de los jóvenes en el mercado de trabajo*; la *Carta Comunitaria de los*

carácter vinculante, la *Directiva sobre la protección de los jóvenes en el trabajo*⁵⁷⁵, de aplicación a toda persona menor de 18 años-independientemente de que sea ciudadano de la Unión o nacional de un tercer Estado- que tenga un contrato de trabajo bajo la legislación de un Estado miembro. El espíritu de ésta y otras medidas, cristalizó en el artículo 32 de la Carta⁵⁷⁶.

De relevancia son también, por las posibilidades que brindan para proteger parcialmente al menor, las competencias comunitarias en materia de **educación, formación profesional, juventud**⁵⁷⁷, **deporte** (165 y 166 TFUE) y **salud pública** (168 TFUE). Sin embargo, al ser éstas competencias “complementarias”, la actuación de la Unión en estos ámbitos sólo puede ser de carácter promocional, no susceptible de interferir en la actuación interna de los Estados miembros, teniendo vedadas las medidas armonizadoras⁵⁷⁸. Por ejemplo, en materia de educación, la Unión ha desarrollado una suerte de dimensión europea de la educación, favoreciendo la movilidad de los jóvenes y la cooperación entre instituciones de enseñanza⁵⁷⁹. Desde la perspectiva migratoria, los estudiantes han sido objeto de

Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, que identifica “la protección de niños y adolescentes” como uno de los principios de la construcción europea, y desarrolla tal protección, en el ámbito del trabajo, en sus apartados 20-23.

⁵⁷⁵ Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994.

⁵⁷⁶ Artículo 32: “Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas. Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación”.

⁵⁷⁷ En materia de juventud, por ejemplo, la Comisión aprobó el llamado *Libro Blanco: Un nuevo impulso para la Juventud europea*, de 21 de noviembre de 2001, COM(2001) 681 final. Una descripción del contenido del mismo puede encontrarse en: DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: “La poliédrica y heterogénea protección internacional de los menores”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, marzo de 2013, pp. 1-27.

⁵⁷⁸ Como destaca Holly CULLEN, la Unión no posee competencia para armonizar en los temas en los que surgen la mayoría de los conflictos sobre menores presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a saber, disciplina en el ámbito escolar, sistemas de justicia juvenil, sistemas de protección de menores y derecho de familia. En “Children’s Rights”, *op.cit.*, pp. 334-337.

⁵⁷⁹ Artículo 165.2 TFUE: “La acción de la Unión se encaminará a:- desarrollar la dimensión europea en la enseñanza, especialmente a través del aprendizaje y de la difusión de las lenguas de los Estados miembros, — favorecer la movilidad de estudiantes y profesores, fomentando en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios, — promover la cooperación entre los centros docentes [...]”. Sobre la actuación de la Unión en este sentido: POILLOT, S.: “Les droits de enfant...*op.cit.*, p. 60. Los estudiantes comunitarios fueron una de las primeras categorías beneficiadas por la progresiva extensión de la libertad de circulación y residencia (Directiva 93/96, de 29 de octubre de 1993, *relativa al derecho de residencia de los estudiantes*). Asimismo, en el marco de la dimensión europea de la enseñanza, y auspiciado por la Unión (aunque no fuera producto de su actuación directa) se creó el llamado *Espacio Europeo de Educación*

especial atención comunitaria, quizá por su condición de agentes potenciales en el mercado interior⁵⁸⁰, estableciéndose un enfoque común de las condiciones de admisión de estudiantes extracomunitarios.

La Unión podría aprovechar la legitimidad competencial en este ámbito para promocionar, por ejemplo, la adopción de medidas que jueguen en favor de un sistema educativo integrador y flexible, que persiga la igualdad de oportunidades, y que se adapte a las nuevas demandas que la inmigración presenta, entre ellas, la de los menores no acompañados⁵⁸¹. En la misma dirección debería avanzarse en materia de formación profesional.

Otro título competencial atribuido a la Unión, susceptible de legitimar intervenciones en el estatuto jurídico del menor, es la **exclusión social** (artículo 153 TFUE). Aunque la competencia comunitaria en esta materia es también de carácter complementario, podría utilizarse para promover la protección específica de determinados sectores de menores que se hallen en situación de exclusión, como pueden ser aquéllos que se hallen en situación de pobreza, los integrados en familias desestructuradas, o los inmigrantes no acompañados.

Asimismo, se podrían exprimir las posibilidades que brinda la lucha contra la **discriminación por motivo de edad** (artículo 19 TFUE), que habilita a la Unión a actuar con dicho fin, pero siempre dentro del límite de sus competencias⁵⁸².

El menor podría ser también objeto de estudio desde una perspectiva **demográfica**, de hecho, podría ser abordado de forma específica en el informe anual que el Tratado de Funcionamiento encomienda a la Comisión (artículo 159), sobre la evolución de los objetivos sociales de la Unión, que debe incluir aspectos demográficos. En concreto, deberían incluirse datos fiables sobre el número de

Superior, que tiene su origen directo en la *Declaración de Bolonia* de 1999, así como el *Programa Erasmus*, de intercambio de estudiantes y profesores entre universidades europeas, promovido por la Comisión Europea.

⁵⁸⁰ Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, *relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado*.

⁵⁸¹ En la línea inaugurada, por ejemplo, por las Resoluciones del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en el Consejo de 22 de mayo de 1989 *relativas a la escolarización de los niños cuyos padres ejercen profesiones itinerantes y a la de niños gitanos e itinerantes* (89/C 153/1 y 89/C 153/2, respectivamente).

⁵⁸²Holly CULLEN considera conveniente que la Unión adopte una directiva contra la discriminación por razón de edad, en “Children’s Rights”, *op.cit.*, p. 336.

menores no acompañados existente en la Unión, desglosado por países. En efecto, la falta de datos y estadísticas fiables sobre este colectivo, ha constituido en los últimos años un obstáculo considerable para su tratamiento, de ahí que la Comisión haya demandado reiteradamente colaboración para la recopilación de esta información, que estima imprescindible para el análisis del fenómeno y la propuesta de soluciones duraderas⁵⁸³.

Por último, en el ámbito de la **cooperación judicial en materia penal**, y desde un prisma sustantivo, la Unión está legitimada para armonizar las legislaciones penales domésticas, en lo referente a delitos de especial gravedad y de dimensión transfronteriza, que se considere necesario combatir mediante criterios comunes (83.1 TFUE). Por ejemplo, en el marco de esta competencia, se han establecido unas normas mínimas para la definición de ciertos ilícitos penales, como la trata de seres humanos o la explotación sexual de mujeres y niños⁵⁸⁴.

De éstos y de otros tantos títulos competenciales⁵⁸⁵ debería valerse la Unión para desarrollar, en la mayor medida posible, ya sea mediante armonización o mediante promoción, aspectos específicos de la protección del menor. Más abajo se aludirá a las posibilidades de protección comunitaria del menor al amparo de la competencia compartida en materia de inmigración. Y es que es este título competencial el que posibilita una incidencia más directa en la protección del colectivo objeto de estudio, el de los menores no acompañados.

No obstante, como la Unión tiene una limitada competencia para llevar a cabo una armonización sustantiva o material de los derechos del menor, el mayor avance se ha producido desde punto de vista **procesal**, por la vía de la cooperación judicial⁵⁸⁶, tanto en el ámbito penal como en el civil⁵⁸⁷. Ello se debe

⁵⁸³ Por todos: COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de acción sobre los menores no acompañados* (2010-2014), 06/05/2010, COM (2010) 213 final.

⁵⁸⁴ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO: Directiva 2011/36, de 5 de abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*.

⁵⁸⁵ Otros ejemplos son: la Directiva 88/378/CEE del Consejo de 3 de mayo de 1988, *relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre la seguridad en los juguetes*, cuando en su artículo 2 toma en cuenta el “comportamiento habitual de los niños” para imponer a los Estados miembros obligaciones en materia de seguridad y salud; o bien la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, *sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*, que obliga a los Estados miembros a garantizar la protección del menor en la regulación del ejercicio de tales actividades.

⁵⁸⁶ CULLEN, H.: “Children’s Rights”, *op.cit.*, p. 338.

fundamentalmente al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales (y, en el ámbito civil, también extrajudiciales)⁵⁸⁸.

Así, en lo que respecta al ámbito civil, se podrá aprobar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, cuando se trate de asuntos civiles con repercusión transfronteriza y se considere necesario para el buen funcionamiento del mercado interior.

Hasta el momento, la principal actuación comunitaria en este ámbito, en lo que atañe a menores, se ha desarrollado en el marco del Derecho de Familia, en concreto en lo relativo al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental⁵⁸⁹. Destaca en este contexto el *Reglamento 2201/2003*⁵⁹⁰, cuyo ámbito de aplicación son “las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”; es decir, en principio, sólo es aplicable a las medidas de protección de carácter privado. Sin embargo, cómo se verá al analizar el sistema español de protección de menores, lo público y lo privado se entretrejen en este ámbito hasta tal punto, que el deslinde es a veces complejo⁵⁹¹. En este sentido, el TJUE es el que va matizando, en su jurisprudencia, qué supuestos recaen bajo el ámbito de aplicación del Reglamento, y cuáles no, completando así las listas en las que dicha norma recoge las medidas incluidas y excluidas⁵⁹². El Tribunal ha interpretado el concepto

⁵⁸⁷ La COMISIÓN EUROPEA identifica este ámbito como uno en los que la actuación comunitaria puede poseer un valor añadido en materia de protección del menor. En concreto, la Comisión propone valerse de las competencias comunitarias en materia de cooperación judicial para conseguir una justicia más accesible para los menores de edad. En Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones: *Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*, Bruselas, 15.2.2011, COM (2011) 60 final.

⁵⁸⁸ Artículos 81 y 82 TFUE.

⁵⁸⁹ Sobre este punto, véase VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M.: “La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento Comunitario 2001/2003”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 11/2006, pp. 1-18.

⁵⁹⁰ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (DO L 338 de 23.12.2003), también llamado “Reglamento Bruselas II bis”, que deroga Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes* (DO L 160 de 30.6.2000), conocido como “Reglamento Bruselas II”.

⁵⁹¹ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M.: “La protección de menores en la Unión...*op.cit.*, p. 17.

⁵⁹² *Ibidem*. Como ha dicho el Tribunal de Justicia, “la enumeración recogida en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento [se refiere a la lista de materias incluidas] no es exhaustiva y reviste

de “materias civiles” en un sentido amplio, susceptible de albergar también medidas públicas de protección de menores⁵⁹³, como la declaración de desamparo o la asunción de la tutela administrativa, que en principio podrían parecer excluidas del ámbito de aplicación, pues su naturaleza no es civil, sino administrativa⁵⁹⁴. Aunque hasta ahora el Tribunal no se ha pronunciado en ningún asunto relativo a menores no acompañados, ni sobre las declaraciones de desamparo o asunciones de tutela pública, sí lo ha hecho con respecto a otras medidas de protección y asistencia de menores sometidas al Derecho Público, como la resolución por la que se asume la guarda de un menor y se ordena su acogimiento fuera de su familia de origen, incluyéndolas en el ámbito de aplicación del Reglamento⁵⁹⁵.

Razones de igualdad entre menores en términos de protección, y de seguridad jurídica, avalarían esta interpretación extensa de “materias civiles”. Esas mismas razones jugarían a favor de la plasmación legal, general y explícita, del reconocimiento mutuo, a escala europea, de las resoluciones (judiciales y extrajudiciales) en materia de protección de menores, con independencia de su carácter público o privado. La principal repercusión para los menores no acompañados, sería un incremento de la seguridad jurídica, emanado del reconocimiento mutuo de las declaraciones de desamparo, y de las asunciones de

carácter indicativo, como señala el empleo del término «en particular», en STJUE de 26 de abril de 2012, C-92/12, párr. 63.

⁵⁹³ Concretamente, el Tribunal de Justicia defiende que el concepto de “materias civiles” sea objeto de una interpretación autónoma en Derecho Comunitario (desvinculada de los ordenamientos jurídicos nacionales), a la luz de los objetivos del Reglamento, lo que le lleva a defender una interpretación extensiva de tal concepto. Ello es coherente con el concepto amplio de “responsabilidad parental” que recoge el Reglamento, que comprende “todos los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor” (artículo 2.7), siendo “irrelevante a estos efectos que la responsabilidad parental resulte afectada por una medida de protección estatal o bien por una resolución adoptada a instancia de un titular o de los titulares del derecho de custodia”. En STJUE de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, párrafos 41-50.

⁵⁹⁴ No obstante, la revisión jurisdiccional de dichas medidas corresponde al orden civil. Ahora bien, eso es irrelevante a efectos del Reglamento, pues, como dice su artículo 1, “[e]l presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas [...]”

⁵⁹⁵ SSTJUE de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, y de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, párrafos 25-29. En el párrafo 28 se añade: “Dicha interpretación se ve confirmada por el décimo considerando del Reglamento, según el cual no se pretende que dicho Reglamento se aplique «a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud». Esta exclusión confirma que el legislador comunitario no ha pretendido excluir del ámbito de aplicación del citado Reglamento la totalidad de medidas pertenecientes al Derecho público”.

tutela administrativa que les atañen. Al mismo tiempo, se incrementaría la eficacia del sistema de protección, pues aquéllas resoluciones no perderían eficacia cada vez que el menor se mueva por Europa, algo que no es infrecuente, cuando se trata de experiencias migratorias⁵⁹⁶. No sería óbice para la inclusión de estas decisiones en el ámbito de aplicación del Reglamento, por cierto, el hecho de que no procedan de órganos de carácter jurisdiccional, pues el significado que dicha norma otorga al concepto de “autoridad judicial” es lo suficientemente amplio como para albergar autoridades administrativas⁵⁹⁷. Por consiguiente, aunque estimamos que tales resoluciones (declaración de desamparo y asunción de tutela administrativa) sin duda recaen, en virtud de la exégesis realizada por el Tribunal de Justicia, bajo el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003, sería conveniente que se ampliara explícitamente el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales a la materia de protección del menor en general, con independencia del carácter público o privado que, en cada ordenamiento, posean las resoluciones.

Por otra parte, sí recaen indubitadamente en el ámbito de aplicación del Reglamento, por lo que gozan de efectos extraterritoriales, en cualquier Estado miembro de la Unión, las constituciones de tutela ordinaria (por tanto, de carácter privado) sobre menores no acompañados, a favor de un particular, o bien de una entidad privada de protección de menores, que supone una posibilidad reconocida en nuestro ordenamiento por la Ley de Extranjería⁵⁹⁸.

Por último, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, en el Tratado de Lisboa se refuerza la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza (82.2 TFUE), pues se permite a la Unión la emisión de directivas en dicho ámbito. No cabe duda de que esta cooperación puede ponerse al servicio de la protección del menor, ya sea éste víctima, acusado, u otro

⁵⁹⁶ A favor del reconocimiento mutuo de las resoluciones de tutela administrativa del menor: MOYA, D.: *Actas del Seminario Europeo de Menores Migrantes No Acompañados en Europa*, realizado en Barcelona en mayo de 2004.

⁵⁹⁷ El artículo 2.1 del Reglamento 2201/2003, incluye en “órgano jurisdiccional” a “todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento [...]”.

⁵⁹⁸ Artículo 35.11 LE: “La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados[...].”

interviniente en el proceso; tal y como ya se venía haciendo, atendiendo principalmente al menor como víctima, antes del Tratado de Lisboa⁵⁹⁹.

- ii. Fundamento de la estrategia: protección y promoción de los derechos humanos del menor.

Después de analizar la posibilidad de actuación en materia de protección del menor de la Unión, valiéndose de los espacios de legitimidad competencial que posee, la pregunta sería: ¿por qué ha de hacerlo? ¿Es una posibilidad, o una obligación?

Las obligaciones de la Unión en materia de protección de menores son escalonadas. Un primer eslabón se fundamentaría en el valor impeditivo o límite negativo que los derechos del menor suponen frente a cualquier actuación de la Unión, así como de los Estados miembros cuando aplican Derecho Comunitario. Es un reflejo, en sede de derechos fundamentales, de la vertiente negativa del principio de legalidad constitucional, que obliga a la Unión a respetar, en cada una de sus actuaciones, el Derecho europeo jerárquicamente superior.

El segundo eslabón consistiría en la integración sistemática y transversal del principio de protección específica del menor, en todas y cada una de las políticas comunitarias con incidencia significativa en la esfera jurídica de aquél. Sería el reflejo de la teoría de las obligaciones positivas derivadas de la Carta, en el ámbito concreto de los derechos del menor.

Ambos eslabones no son más que la cara y la cruz de una misma moneda, y plasman la doble naturaleza de la responsabilidad del poder público frente a los derechos fundamentales, negativa y positiva, de no intervención y de promoción.

Antes de analizar la obligación escalonada de protección, han de aclararse determinadas cuestiones. ¿Qué posición ocupan los derechos del menor en el

⁵⁹⁹ Al amparo del antiguo artículo 29 TUE, que todavía no brindaba a la Unión la posibilidad de crear directivas en este ámbito, se emitieron, entre otras, la Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, *relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet*; la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, *relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*.

sistema de fuentes del Derecho Comunitario? ¿Cuáles son, en concreto, tales derechos?

En la Unión Europea, el tratamiento de los derechos humanos, en general, y los derechos del niño en particular, ha evolucionado desde una ausencia total de aquéllos en el ordenamiento comunitario, hasta su inclusión en el Derecho originario de la Unión, siendo dotados, por tanto, de la máxima fuerza normativa⁶⁰⁰. De acuerdo con la regulación vigente (artículo 6 TUE), la Unión ha de respetar, en el desarrollo de sus competencias, los derechos recogidos en la Carta, pero también aquéllos reconocidos en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se introducen en el acervo comunitario adoptando la forma de principios generales del Derecho. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha afirmado que, para la aplicación de dichos principios, tendrá en cuenta los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que los Estados miembros sean parte o a los que se hayan adherido⁶⁰¹.

No hay duda de que el menor es titular (y posee capacidad progresiva de ejercicio) de todos los derechos reconocidos en las citadas declaraciones, pero ¿éstas contemplan derechos específicos para él?

El artículo 24 de la Carta constituye la piedra angular de los derechos del menor en el Derecho Comunitario. Supone la expresa consagración, en dicho ordenamiento, de los principios estructurales de la Convención de 1989⁶⁰². Así, el precepto reconoce el derecho del menor a la protección y cuidado necesarios, a expresar su libre opinión en los asuntos que le afectan y a que se tome en cuenta en función de su edad y madurez, a mantener un contacto periódico con sus padres, y

⁶⁰⁰ Pasando por los pasos intermedios de, primero, ser integrados, vía pretoriana, y en forma de principios generales del Derecho, al ordenamiento jurídico comunitario; para luego ser reconocidos en los tratados, también como principios generales del Derecho; y posteriormente ser incluidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que originalmente carecía de fuerza jurídica vinculante pero, desde el Tratado de Lisboa, posee el mismo valor jurídico que los tratados (art. 6 TUE).

⁶⁰¹ Entre otras: SSTJCE de 14 de Mayo de 1974, *asunto 4/73*, párrs 13 y ss.; de 27 de junio de 2006, *asunto C-540/03*, párr. 37.

⁶⁰² El Informe explicativo sobre las fuentes en que se basaron los redactores de la Carta alude a la Convención de Derechos del Niño. MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 24. Derechos del niño”, *op.cit.*, p. 445.

por último, a que su interés superior sea una consideración primordial en todo acto público o privado que le afecte⁶⁰³.

Paralelamente a lo que ocurre en el orden interno e internacional, el precepto sitúa el principio del interés superior del menor en el corazón de sus derechos, concediéndole el máximo valor normativo⁶⁰⁴. Sin embargo, como se apreciará en el siguiente epígrafe, la normativa comunitaria en materia de inmigración no siempre es respetuosa con este principio. Ello puede deberse, en parte, a la inexistencia de una interpretación homogénea del mismo en el ámbito comunitario, como refleja la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Algunas resoluciones de este órgano arrojan una exégesis parecida a la emanada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, pero otras se distancian de ella. Como ejemplo de las primeras, se encuentra la recaída en el asunto *Dynamic Medien Vertriebs GMBH y Avides Media*⁶⁰⁵, en la que el Tribunal sostiene que “la protección del niño constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado CE, como la libre circulación de mercancías”, siempre que dichas restricciones-añade- sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, y respeten la proporcionalidad en sentido estricto. Una muestra de las segundas puede ser la sentencia del asunto *C-540/03*, en la que se justifica una restricción en el derecho a la vida familiar de determinados sectores de menores (mayores de 12 años o bien mayores de 15), con la finalidad de facilitar la integración de los residentes en la

⁶⁰³ Artículo 24 de la Carta: “1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”. Sobre la interpretación de este precepto: MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 24. Derechos del niño”, *op.cit.*; CAMPOY CERVERA, I.: “Artículo 24. Derechos del niño”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 531-556.

⁶⁰⁴ MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 24. Derechos del niño”, *op.cit.*, p. 451. En palabras de la COMISIÓN EUROPEA, “En el futuro, las políticas de la UE que afectan directa o indirectamente a los niños deben concebirse, aplicarse y controlarse teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño”, en “Una agenda en pro de los Derechos del Niño”, *op.cit.*

⁶⁰⁵ STJUE de 14 de febrero de 2008, asunto *C-244/06*, párrs. 41-49.

Unión⁶⁰⁶. Ello es incompatible con las consecuencias hermenéuticas del principio del interés superior del menor analizadas más arriba, en virtud de las cuales, sólo la protección del menor podrá fungir de finalidad constitucionalmente legítima, en el contexto del principio de proporcionalidad, para restringir alguno de sus derechos.

Además del artículo 24, y dirigiéndose específicamente al menor, la Carta reconoce el derecho a la educación (artículo 14), la prohibición de trabajo infantil y la protección especial de los jóvenes en el trabajo (artículo 32).

Entre los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por los Estados miembros, que el Tribunal de Justicia toma en consideración para la aplicación de los principios generales del Derecho Comunitario, destaca, en esta materia, la Convención de Derechos del Niño⁶⁰⁷. Esta norma constituye un referente constante en los instrumentos normativos de la Unión relativos a la situación del menor⁶⁰⁸, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶⁰⁹. El Parlamento Europeo ha reclamado incluso su incorporación expresa al acervo comunitario, o una referencia explícita a la misma que la otorgue, como se ha hecho con la Carta, el mismo valor jurídico que los Tratados⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ La STJUE de 27 de junio de 2006, *Parlamento vs Consejo*, resuelve un recurso interpuesto por el primero, que tiene por objeto los preceptos 4.1 (último párrafo), 4.6 y 8 de la *Directiva de Reagrupación Familiar*. Los dos primeros recogen la posibilidad de establecer excepciones al derecho subjetivo a la reagrupación familiar que la norma configura, permitiendo a los Estados denegar la entrada por dicho motivo a los hijos mayores de 12 años que no cumplan determinados criterios de integración regulados por la legislación interna, y a los hijos mayores de 15 años. El Parlamento consideró que ello atentaba contra el derecho a la vida privada familiar del menor (artículo 8 del Convenio Europeo), y contra el mejor interés del menor (artículo 24 de la Carta). El Tribunal de Justicia, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, resuelve que del artículo 8 del Convenio no se desprende un derecho absoluto a la reagrupación familiar, por lo que no es contrario a dicho precepto, ni al interés superior del menor, que se respete un margen de apreciación nacional para establecer determinadas exigencias a los menores, en favor de la mejor integración de los residentes en el Estado en cuestión.

⁶⁰⁷ Ratificada por todos los Estados miembros de la Unión.

⁶⁰⁸ La COMISIÓN EUROPEA: Comunicaciones “*Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*” y *Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*. En esta última se defiende que se tomen como punto de partida común de todas las medidas de la UE que afecten a los niños, “los Tratados, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”.

⁶⁰⁹ Entre otras, SSTJUE de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03, párr. 37; de 14 de febrero de 2008, asunto C- 244/06, párrs. 39 y 40; de 22 de mayo de 2012, asunto C-348/09, párrs. 3,5,26.

⁶¹⁰ PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución sobre una Carta europea de derechos del niño*, DO nº C 241 de 21/09/1992, pp. 67-73: “[El Parlamento Europeo] Piensa que la Comunidad deberá, así mismo, adherirse a dicho Convenio, tan pronto la hayan ratificado todos los Estados Miembros de la Comunidad Europea”

En segundo lugar, además de los citados derechos específicos que el menor posee en la esfera comunitaria, tanto en la Carta, como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se recogen derechos que, no siendo exclusivos del menor, poseen una especial incidencia sobre éste, como es el derecho a no ser discriminado por razón de edad (art.21 de la Carta). Asimismo, derechos a los que, bien su propio contenido, o bien el devenir jurisprudencial, otorgan una especial relevancia para la protección de los menores no acompañados, como la prohibición general de expulsiones colectivas o que impliquen un trato inhumano y degradante (art. 19 de la Carta), la prohibición de la esclavitud, el trabajo forzado y la trata de seres humanos (art. 5 de la Carta), y el derecho a la vida privada y familiar (artículo 7 de la Carta y 8 del Convenio Europeo), siendo de vital importancia, para la protección que de éste último ha emanado para los inmigrantes en general, y los menores inmigrantes, en particular, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto⁶¹¹.

Pues bien, retomando la idea con la que se comenzaba este epígrafe, estos derechos vinculan a la Unión de forma negativa, es decir, debe respetarlos en el desarrollo de sus funciones. La cuestión es: ¿también la vinculan de modo positivo? En especial, ¿los derechos fundamentales de la Carta generan obligaciones positivas para las instituciones de la Unión, y los Estados? Partiendo de que el mismo Tratado de la Unión Europea aclara que el hecho de que la Carta adquiera el máximo valor jurídico dentro del ordenamiento comunitario, no amplía de ninguna manera las competencias que los tratados reconocen a la Unión (artículo 6.1 TUE), el problema no sólo es si existe una obligación de promover los derechos, sino también, en caso afirmativo, la forma en que tal promoción podría llevarse a cabo careciendo de competencia al efecto⁶¹². En el caso concreto de la promoción de los

⁶¹¹ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto al artículo 8 del Convenio, véase: SANTOLAYA MACHETTI, P.: “El derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, *op.cit.*

⁶¹² Como explica Javier GARCÍA ROCA, la prohibición de que la Carta cree nuevas competencias para la Unión “puede ser de objeto imposible, ya que no es sencillo disociar derechos fundamentales y competencias de los poderes públicos. En los derechos de prestación se advierte con facilidad, porque reclaman una actuación de las Administraciones públicas. La disposición encierra una contradicción prácticamente insalvable si se observa desde la, comúnmente admitida, teoría de la doble naturaleza de los derechos fundamentales (Häberle I). Estos son, por su propia naturaleza, además de derechos subjetivos, “normas atributivas de competencia” a la sociedad civil o a los poderes públicos, reglas que articulan la división de poderes entre ambos. La previsión de la

derechos del menor, el hecho de que la misma constituya un objetivo explícito de la Unión (artículo 3 TUE), constituye un argumento a favor de la vinculación positiva de la Carta en este sentido. Y así parecen haberlo interpretado, atendiendo al rumbo adoptado, las propias instituciones comunitarias⁶¹³. Ahora bien, dada la ausencia de competencia comunitaria en materia de derechos fundamentales, o de protección del menor, la Unión debe valerse, como se ha explicado antes, del margen de actuación que le brindan otras bases competenciales, para promover de los derechos del menor. Ello implica integrar el objetivo de la promoción de los derechos del menor, de forma sistemática y horizontal, en todas y cada una de las actuaciones comunitarias que puedan repercutir significativamente en el estatuto de aquél. Quizá es esta la diferencia entre competencia, en sentido estricto, y obligación positiva. En virtud de la segunda, los derechos del menor habrán de constituir un parámetro transversal de legalidad de las políticas de la Unión. Es lo que la Comisión denomina “proceso de integración”, y según dicha institución, los ámbitos de aplicación del mismo, que en principio serían limitados, deberían ir expandiéndose con el tiempo⁶¹⁴.

De este modo, se otorgaría a la protección del menor y de sus derechos un alcance horizontal similar al que el Tratado reconoce expresamente a la protección

Carta me temo sea desbordada por la realidad”. En: “Originario y derivado en el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Los tests de constitucionalidad y convencionalidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, enero-marzo 2003, pp. 165-190, p. 175.

⁶¹³ En palabras de la COMISIÓN EUROPEA, “la obligación de la Unión Europea de respetar los derechos fundamentales, incluidos los de la infancia, implica, no sólo la obligación general de abstenerse de actuar en violación de esos derechos, sino también la obligación de tenerlos en cuenta siempre que sea pertinente al aplicar su propia política con arreglo a las distintas bases jurídicas de los tratados”, en Comunicación titulada *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*. Esta propuesta ha sido apoyada por el COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, en su *Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia, y por el CONSEJO EUROPEO, que en el Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (DOUE de 4 de mayo de 2010) afirma que “[l]os derechos del niño, [...] afectan a todas las políticas de la Unión. Deben tenerse en cuenta de forma sistemática y estratégica, con objeto de llegar a un planteamiento integrado. [...] El Consejo Europeo insta a la Comisión a: describir medidas, a las que la Unión pueda aportar valor añadido, para proteger y promover los derechos del niño”. El PARLAMENTO EUROPEO, en su Resolución A4-0393/1996, de 12 de diciembre de 1996, *sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea*, DO C 20, de 20/01/1997, párr. 15 y 16, “[p]ide a la Comisión que haga de los derechos del niño un principio de acción en todos los ámbitos políticos y que, con tal fin, se cree una unidad competente en materia de derechos del niño”.

⁶¹⁴ COMISIÓN EUROPEA: *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*.

de la salud⁶¹⁵, la promoción de la igualdad hombre – mujer⁶¹⁶, o la protección del medio ambiente⁶¹⁷, que deben integrarse en cualquier política o acción de la Unión. En este sentido, sería muy conveniente, para facilitar el objetivo pretendido, la incorporación de la protección del menor entre las disposiciones de aplicación general de TFUE.

Una estrategia parecida, denominada “evaluación de las incidencias sobre los niños” (*child impact statement*) es la que recomendó la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a los Estados miembros de dicha organización. Consistiría en realizar una previsión de las consecuencias probables que sobre los niños podía tener toda medida propuesta en cualquier ámbito⁶¹⁸.

En conclusión, podría sostenerse que de la confluencia de la obligación de respetar los derechos fundamentales de la Unión, en especial, el artículo 24 de la Carta, y el reconocimiento de la promoción de los derechos del menor, como objetivo de la Unión, dimana el deber de ésta de tomar en consideración, de forma positiva, la específica protección que merece el menor en el desarrollo de las políticas comunitarias.

Pero, ¿cuáles deberían ser los órganos competentes de supervisar el proceso de integración? ¿Y mediante qué procedimiento? Respecto a lo primero, han existido hasta el momento diversas iniciativas. Por una parte, la Comisión ha creado un “grupo interservicios” y un “coordinador de los derechos del niño”, atribuyéndoles la función de comprobar que los derechos del menor ocupan un lugar preeminente en todas las políticas y actuaciones comunitarias relevantes⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Artículo 168.1 TFUE. “Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana [...]”. El artículo 9 TFUE también alude a la necesidad de tener en cuenta las exigencias derivadas de la salud en cada política comunitaria.

⁶¹⁶ Art. 8 TFUE: “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

⁶¹⁷ Art. 11 TFUE: “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

⁶¹⁸ CONSEJO DE EUROPA: Recomendación 1286 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *sobre una estrategia europea para los niños*, de 24 de enero de 1996.

⁶¹⁹ Dichos órganos, cuya creación se dispuso en la Comunicación *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*, se integran en la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, y coordinan la actuación que los distintos servicios de la Comisión realizan en el ámbito de los derechos del menor.

Más ambicioso, el Parlamento Europeo, sostiene que “integrar la protección del menor y de sus derechos exigiría un mayor alcance del órgano encargado de dicha integración, es decir, que dicho órgano abarcara las actuaciones de todas y cada una de las instituciones de la Unión, emitiendo un informe sobre el potencial impacto de cada medida sobre el mismo”. Para el cumplimiento de tal tarea, el Parlamento defiende la elección de un “delegado de los derechos del niño”⁶²⁰.

Respecto al “cómo”, o procedimiento mediante el cual desarrollar la integración, la iniciativa más relevante hasta el momento ha sido la propuesta por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, que consiste en unos indicadores que miden el impacto que políticas comunitarias desarrolladas en diferentes ámbitos, tienen sobre los derechos del menor. También identifican lagunas de protección, y orientan, de este modo, futuras actuaciones de la Unión⁶²¹.

Por último, y sin perjuicio de las obligaciones comunitarias en este ámbito, a los Estados miembros se les permite expresamente, en algunos casos, matizar o limitar la aplicación de la normativa europea en base a criterios de protección de menores. Por ejemplo, la Directiva sobre el comercio electrónico⁶²² prevé que los Estados puedan, en determinadas circunstancias, establecer medidas restrictivas de la libre prestación de servicios, siempre que se consideren necesarias para la protección del menor (artículo 3.4). Asimismo, existe una incipiente vía pretoriana a favor de convertir dicha cláusula excepcional en un principio general de actuación, en virtud del cual se permitan las modulaciones estatales al contenido de las normas europeas, siempre que se persiga la protección del menor, y con respeto al principio de proporcionalidad⁶²³. Podría entenderse como una especie de interpretación conforme a los derechos fundamentales en general, y a los del menor en particular, en el momento de la trasposición o aplicación estatal de la normativa europea. En el

⁶²⁰ “Se propone designar un delegado para los derechos del niño que defienda los derechos del niño en todos los ámbitos políticos y dotado con los medios necesarios para cumplir su misión”, en *Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea*, párr. 16.

⁶²¹ AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: *Developing indicators for the protection, respect and promotion of the rights of the child in the European Union, Summary Report*, Marzo de 2009.

⁶²² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (DO L 178).

⁶²³ STJUE de 14 de febrero de 2008, asunto C- 244/06 (apartado 42).

siguiente epígrafe se ensayará esta posibilidad en el ámbito de la política migratoria europea.

La aplicación de la estrategia europea propuesta entrañaría el desarrollo de un proceso de especificación disperso (por sectores) en el Derecho Comunitario, cuya finalidad no sería otra que paliar, en la medida de las posibilidades competenciales de la Unión⁶²⁴, la vulnerabilidad en la que se encuentra el menor. Se garantizaría, de esta forma, el derecho del menor a un tratamiento específico, que podría considerarse dimanado del artículo 24 de la Carta (“derecho del menor a recibir la protección y el cuidado necesarios para su bienestar”), y por el que han abogado reiteradamente la Comisión Europea⁶²⁵, el Comité Económico y Social⁶²⁶, y sobre todo, el Parlamento Europeo⁶²⁷. Este último pretendió incluso crear un verdadero sistema europeo de derechos del niño (paralelo al existente a nivel internacional), a través del impulso que presumió supondría la *Carta europea de derechos del niño*⁶²⁸.

Por último, el proceso de especificación disperso deberá “concentrarse” en algún momento, cuando la Unión esté preparada para ello, previa asunción de competencia en materia de protección del menor. A partir de ahí, deberá hacerse más intenso y sofisticado, afinar en la protección. En ese caso, la regulación del

⁶²⁴ Como dice la Comisión en su Comunicación *Hacia una estrategia de la UE sobre los derechos de la infancia*, “cualquier acción de este tipo debe respetar los principios de subsidiaridad y proporcionalidad y no debe usurpar las competencias de los Estados miembros”.

⁶²⁵ En su Comunicación *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*, defiende que “[l]os niños son titulares de todos los derechos humanos. Sin embargo, es vital considerar que los derechos de la infancia ocupan una posición propia y no subsumirlos simplemente en la corriente más amplia de los derechos humanos en general”, y “la UE considera la promoción de los derechos de la infancia como un tema aparte, digno por sí mismo de acciones específicas”. Asimismo, en la *Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*, la Comisión dispone la necesidad de que la Unión dirija su actuación a los niños más vulnerables, entre los que incluye a los discapacitados, gitanos, menores no acompañados, niños en situación de pobreza o exclusión social, etc.

⁶²⁶ En su *Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*, *op.cit.*) apoya a la Comisión en este sentido, y considera que los niños, “debido a su vulnerabilidad y necesidades específicas, requieren una salvaguarda y cuidado especiales, incluida la protección jurídica”.

⁶²⁷ “Consciente de que tiene que ampliarse y concretizarse la protección de los derechos humanos de los niños en relación con la protección de los derechos humanos de los adultos para tener en cuenta las necesidades de los niños”, en *Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea* A4-0393/1996, de 12 de diciembre de 1996 (DO C 20, de 20.1.1997). Esta institución ha demostrado durante décadas su propósito de lograr una mayor implicación europea en la protección del menor, como lo demuestra, entre muchas otras, en la *Resolución referente a la Convención de Derechos del Niño*, de 12 de julio de 1990; o en la *Resolución sobre los problemas de los niños en la Unión Europea*, de 13 de diciembre de 1991.

⁶²⁸ *Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los derechos del niño.*

tratamiento de los menores no acompañados deberá extraerse de la política migratoria para integrarse en la política europea de protección del menor. Y en este ámbito, deberá producirse un doble proceso de especificación en el reconocimiento subjetivo de derechos, uno dentro del otro: el de los derechos específicos del menor inmigrante no acompañado, en el marco de los derechos específicos del menor⁶²⁹. Algo muy diferente a la escasa regulación específica que actualmente recae sobre el menor en el ámbito de la inmigración, que lejos de garantizarle la protección que le corresponde, se conforma, como se verá a continuación, con suavizar la normativa aplicable a los adultos, pero sin llevar a cabo la necesaria transformación del espíritu de la norma, para ajustarla a los principios que rigen la protección del menor.

3.3. Política migratoria europea.

3.3.1. Utilitarismo y seguridad como pilares del Derecho migratorio europeo.

La inmigración es una **competencia compartida** entre la Unión Europea y los Estados miembros⁶³⁰, y como tal, se rige por el principio de preferencia, en virtud del cual los Estados “ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya”⁶³¹. A su vez, la actuación de ésta en las competencias compartidas vendrá marcada por la lógica de la subsidiariedad, según la cual, “la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse

⁶²⁹ Esta es una necesidad ya percibida por las instituciones de la Unión. El COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL (*Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia”*) recomienda que las políticas comunitarias y nacionales tengan en cuenta la diversidad de los niños y “traten sus diferentes necesidades”, prestando especial atención a los efectos de “la pobreza, la exclusión social, la discriminación y el racismo, así como a los niños de minorías étnicas o refugiados”. Asimismo, lamenta que no se preste mayor atención a los niños inmigrantes y solicitantes de asilo o refugiados, y a aquéllos que no cuentan con atención familiar o que pueden perderla. El CONSEJO EUROPEO, en el Programa de Estocolmo, sostiene la necesidad de “prestar especial atención a los niños en situaciones particularmente vulnerables, en particular a los niños que son víctimas de la explotación sexual y del maltrato, así como a los niños que son víctimas de la trata y a los menores no acompañados en el contexto de la política de inmigración de la Unión”.

⁶³⁰ Artículos 4.2.J) y 67 TFUE.

⁶³¹ Artículo 2.2 TFUE.

mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”⁶³². Es decir, debe existir un valor añadido en la actuación comunitaria con respecto a la de los Estados miembros para que la Unión pueda adoptar medidas en materia de inmigración.

El *iter* de la política europea de inmigración muestra un progresivo robustecimiento de la actuación de la Unión en la materia. Lo que comenzó siendo una tímida cooperación intergubernamental de los Estados miembros al margen de la Comunidad Europea, que en cierto momento pasó a integrarse, primero de manera informal, y luego formalmente, a la estructura de la Unión, ha pasado a ser una competencia comunitaria. Ello ha generado un profuso acervo normativo y de *soft law* en materia inmigración⁶³³.

En este sentido, una revisión de dicho acervo, no deja lugar a duda respecto a su espíritu inspirador, que no es otro que el binomio utilitarismo-seguridad, vinculado a una incansable búsqueda de prosperidad para la zona⁶³⁴. En efecto, la evolución de la política migratoria europea muestra un progresivo perfeccionamiento en técnicas de selección de perfiles de inmigrantes atractivos-económicamente hablando-, así como, paralelamente, en modalidades de impedimento (en cuanto al acceso) y alejamiento, de quienes, por no ser considerados útiles, no han podido obtener su autorización de residencia en la Unión, de manera que se minimice el peligro que dichos elementos pueden suponer para el sistema. Incluso es ésta la lógica que subyace en ocasiones al reconocimiento de derechos de los inmigrantes, al presentarlo como un instrumento para su integración, que repercute, indirectamente, en la prosperidad de la Unión⁶³⁵. Por

⁶³² Art. 5.3 TUE.

⁶³³ La abundancia normativa es tal, que la Unión ha reclamado reiteradamente una simplificación, y paralelo incremento de coherencia, del acervo comunitario en la materia. CONSEJO EUROPEO: *Enfoque global de la migración: medidas prioritarias centradas en África y en el Mediterráneo*, Bruselas, 15 y 16 de septiembre de 2005, y Programa de Estocolmo.

⁶³⁴ CHOLEWINSKI, R.: “The EU *Acquis* on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights”, en *European Journal of Migration and Law*, volumen 2, 2000, pp. 361–405; BASCHERINI, G.: “Las políticas migratorias en Europa: una visión comparada”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, Julio-Diciembre de 2008, 49-100; OLESTI RAYO, A.: “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, Julio-Diciembre de 2008, pp. 13-48.

⁶³⁵ Verbigracia, en su Comunicación COM 2003/336, de 3 de junio de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *sobre inmigración, integración y empleo*, la COMISIÓN señaló que la contribución de la inmigración al

otro lado, el concepto de “utilidad” es relativo, y siempre dependiente de las circunstancias profesionales, laborales y demográficas del mercado interno⁶³⁶. La voracidad demográfica y laboral del mercado europeo no se destruye en tiempos de crisis, sólo se transforma⁶³⁷.

El anverso del utilitarismo es la existencia de personas o colectivos “no rentables”. Tal es el caso de los menores no acompañados, colectivo que queda muy lejos de la órbita comunitaria. Ni es útil para el mercado común, ni contribuye a que otros, por estar más integrados, lo sean, como ocurriría si tuvieran familia en la Unión.

No obstante, lo relevante es que, a pesar de lo lejos que queda el menor no acompañado de la órbita comunitaria, y en concreto, del Derecho migratorio comunitario, éste le es de aplicación, casi en su mayoría. Es decir, aunque tal colectivo quede alejado del espíritu de la ley migratoria europea, no queda excluido de su letra. Esto entraña un problema de fondo, derivado del hecho de aplicar al menor una normativa basada en criterios de seguridad y utilitarismo, tan alejada de los principios inspiradores del estatuto del menor en el ámbito interno e internacional, entre ellos, el de la prevalencia de su interés. Por ello, paradójicamente, a pesar de no ser atractivo desde una perspectiva utilitarista, el colectivo supone un verdadero desafío para la esencia democrática que supuestamente ha alcanzado el sistema comunitario, y la pretendida dimensión política de mismo, que trasciende los intereses meramente económicos.

desarrollo económico puede llevarse a cabo únicamente si los inmigrantes están perfectamente integrados.

⁶³⁶ “En el contexto de una Europa que envejece, la contribución potencial de la inmigración a la eficacia económica de la UE es importante”: COMISIÓN EUROPEA: Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos*. Bruselas, 17.6.2008. COM (2008) 359 final.

⁶³⁷ Tal y como explica la COMISIÓN EUROPEA en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, el *Nuevo Enfoque Global de Migración y Movilidad*, Bruselas, 18.1.2011, COM (2011) 743 final, “a pesar de la crisis económica y de las tasas de desempleo actuales, los países europeos están sufriendo una escasez de mano de obra y hay ofertas de empleo que no se pueden cubrir con la mano de obra nacional en sectores específicos (por ejemplo, en sanidad, ciencia y tecnología). El envejecimiento de la población en Europa a largo plazo se espera que reduzca a la mitad la proporción entre las personas en edad de trabajar (entre 20 y 64 años) y las personas de 65 años y más en los próximos cincuenta años. La migración ya tiene una importancia fundamental para la UE; la migración neta ha contribuido en novecientos mil personas (62 %) al crecimiento de la población total en 2010. Todos los indicadores muestran que algunas de las cualificaciones adicionales y específicas que se necesitarán en el futuro solo podrán encontrarse fuera de la UE”.

3.3.2. Disposiciones específicas sobre menores no acompañados.

Como se decía, el estatuto europeo del extranjero se aplica al menor casi en su totalidad. Son contadas las previsiones específicas (tanto legislativas, como de *soft law*) existentes en el Derecho migratorio europeo, para los menores no acompañados. A continuación se revisarán las principales.

Habrà que partir para ello del año 1997, cuando el Parlamento Europeo denunció que “los derechos los niños procedentes de terceros países se violan con mayor frecuencia que los de los niños de igual edad de la UE”, y que no se utilizaran “suficientemente las posibilidades de que se dispone a escala de la Unión para ofrecer una protección adicional a este grupo”; añadiendo que “un niño al que se separe con carácter provisional o permanente de su entorno familiar tiene derecho a obtener una protección y ayuda especial del Estado”⁶³⁸.

Meses más tarde se aprueba la *Resolución relativa a menores no acompañados nacionales de países terceros*⁶³⁹, desprovista de fuerza jurídica vinculante. Quizá lo más significativo de su contenido, es que, como ya se vio, aporta la que se convirtió en definición oficial de “menor no acompañado” en la Unión Europea. Por lo demás, recoge una serie de directrices destinadas a orientar el tratamiento de este colectivo por parte de los Estados miembros, en “lo que respecta a su acogida, permanencia y retorno”⁶⁴⁰. En cuanto a la acogida o acceso al territorio de los Estados miembros, la Resolución se limita a recoger las tradicionales pautas que rigen la de los extranjeros en general: posibilidad de denegar la entrada cuando no posean documentación, lucha contra la entrada y permanencia ilegales, satisfacción de las necesidades básicas mientras estén retenidos, etc. La única previsión específica para menores, es que las instalaciones fronterizas donde se retengan-en su caso-, deben ser adecuadas a su edad. En cuanto a la permanencia en el territorio, el trato

⁶³⁸ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución A4-0393/1996, de 12 de diciembre de 1996, *sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea*, DO C 20, de 20/01/1997, párr. AC.

⁶³⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Resolución 97/C 221/03, de 26 de junio de 1997, DOCE C 221 de 19/07/1997, p. 0023 – 0027.

⁶⁴⁰ Artículo 1.3 de la Resolución.

específico propuesto consiste en la pronta identificación y registro del menor y de su condición de no acompañado, el derecho a la protección necesaria y cuidados básicos, el deber estatal de indagar sobre la familia de menor, la necesidad de representación, el derecho a educación en casos de permanencia prolongada, el derecho a la atención médica de urgencia y, por último, ciertas garantías adicionales en el procedimiento de asilo⁶⁴¹. Y en cuanto al retorno o la repatriación, se exige la existencia de unas condiciones adecuadas de acogida y asistencia en el país al que se le envía, y la colaboración entre los Estados miembros.

Más que el hecho de que la Resolución prevea la aplicación de la denegación de entrada, retención y retorno a menores no acompañados, lo verdaderamente relevante es la finalidad que tales medidas persiguen, que no es la protección del menor, o la realización de su superior interés, sino la eficaz gestión de los flujos migratorios⁶⁴². Es decir, la *ratio essendi* de la Resolución es atemperar el régimen de extranjería general con respecto a los menores no acompañados, atendiendo a su especial vulnerabilidad. Ahora bien, la finalidad de dicha regulación de extranjería atemperada es la misma que se persigue con la regulación general, para adultos: el mantenimiento y/o restitución del orden público, y la gestión eficaz de flujos migratorios. Es decir, son estos los objetivos que se persiguen con la retención o la repatriación del menor, y con la intervención iusfundamental que tales medidas conllevan. No obstante, a la luz del estatuto constitucional del menor no acompañado que aquí se propone, tal finalidad no podría ser considerada constitucionalmente legítima, en el contexto del principio de proporcionalidad, para restringir derechos del menor, puesto que sólo su propia protección puede serlo. Por ello, la Resolución de 1997, al hacer prevalecer la condición de inmigrante sobre la de menor, conculcaría los principios constitucionales de nuestro país, en especial el del interés superior del menor. Principio que, por cierto, ni siquiera es mencionado en la norma.

⁶⁴¹ Sobre este punto, véase: ALONSO SANZ, L. “El derecho al asilo de menores no acompañados: una propuesta de regulación más segura”, en *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Número 74, año 2009, pp. 213-260.

⁶⁴² De lo que quedan constancia clara, no sólo las medidas que contempla la norma, sino también, sus considerandos: “Considerando que [...] los Estados miembros consideran de interés común las condiciones de acceso y estancia de los nacionales de países terceros en su territorio y la lucha contra la inmigración y la estancia irregulares de nacionales de países terceros en su territorio”.

A pesar de todo, el hecho de que la Resolución no sea jurídicamente vinculante, relativiza su incompatibilidad teórica con las exigencias constitucionales de protección del menor. Sin embargo, no cabe hacer esta relativización con respecto al tratamiento jurídico otorgado al menor no acompañado en la célebre y controvertida *Directiva de Retorno*⁶⁴³, pues ésta sí goza de fuerza jurídica vinculante, y ha tenido que ser transpuesta por los Estados miembros.

Precisamente, uno de los puntos más espinosos de la ya de por sí problemática norma, es el hecho de que no excluye, ni a los menores en general, tal y como propuso la Comisión de Desarrollo del Parlamento Europeo⁶⁴⁴, ni a los menores no acompañados, en particular, de su ámbito de aplicación subjetiva, constituido por “los nacionales de terceros países que se hallen en situación irregular en el territorio de un Estado miembro” (artículo 2).

Una vez incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, ¿hasta qué punto ha tomado en consideración dicha norma la vulnerabilidad jurídica del menor, en general, y del menor no acompañado, en particular, y la consiguiente necesidad de protección especial? El artículo 3 incluye a ambos sujetos en la categoría de “personas vulnerables”. No obstante, las implicaciones de su consideración como

⁶⁴³ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO: Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, D.O.U.E L 348/98, de 16 de diciembre de 2008. Entre las críticas que rodearon la aprobación de esta norma, cabe mencionar: PÉREZ SOLA, N.: “La Directiva de retorno y la involución de la Europa de los derechos”, en *Revista de Estudios Jurídicos* n° 8/2008 (Segunda época); BALDACCINI, A.: “The return and removal of irregular migrants under EU Law: an análisis of the Returns Directive”, en *European Journal of Migration and Law*, 11, 2009, pp. 1-17; ACOSTA, D.: “The Good, the Bad and the Ugly in the EU Migration Law: Is the European Parliament becoming Bad and Ugly? (The adoption of the Directive 2008/15: The Returns Directive)”, en *European Journal of Migration and Law*, 11 (2009), pp. 19-39; ARANGO, J.: “Del boom a la crisis”, *op.cit.*, p. 43. Asimismo, diez expertos independientes de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos enviaron una carta a la Presidencia francesa de la Unión en la que expresaban su preocupación por los recortes de garantías que la Directiva instauraba:

<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/227C3A187C0BDB81C125748A0037A405?opendocument> . Por otra parte, varios líderes latinoamericanos también expresaron su malestar por la medida: <http://euobserver.com/9/26374>. También criticó la medida el Comisariado de Derechos Humanos del CONSEJO DE EUROPA, en FAJARDO DEL CASTILLO, T.: “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, n° 33, Madrid, mayo/agosto (2009), pp. 453-499.

⁶⁴⁴ Ver la Enmienda 16 al artículo 2 de la Opinión de Comisión de Desarrollo para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, que realizó un Informe (Ponente Manfred Weber) sobre la Propuesta de Directiva, de 20.09.2007, RR/685637ES.doc, PE374.321v02-00. Dicha enmienda excluye expresamente a los menores de edad del ámbito de aplicación subjetiva de la Directiva (art.2).

tal, a lo largo de la Directiva, se reducen a la abstracta obligación de los Estados miembros de tener debidamente en cuenta el interés superior del menor al aplicar sus disposiciones (artículo 5), y a ciertas garantías, presentadas tácitamente como adicionales para menores y/o no acompañados, aunque algunas de ellas en esencia no conlleven efectivamente un plus de protección respecto al régimen general, como se verá a continuación.

La consecuencia más relevante de la inclusión de menores no acompañados entre los destinatarios de la Directiva, es que les son de aplicación las tres medidas que constituyen la espina dorsal de la misma, a saber, retorno (voluntario y forzoso), internamiento previo y prohibición de entrada. Esto significa que las respectivas legislaciones de los Estados miembros pueden permitir que un menor no acompañado sea detenido hasta dieciocho meses antes de ser expulsado por su estancia irregular, que sea expulsado, y que, tras ello, se le prohíba la entrada a territorio de la Unión durante los cinco años siguientes. Dentro de este marco, ¿qué garantías adicionales posee por ser menor y no estar acompañado?

En primer lugar, se imponen a los Estados miembros dos requisitos para consumir su retorno o expulsión: cerciorarse de que familia, tutor o “servicios de acogida adecuados” acogerán al menor en el Estado de retorno, y conceder a éste, antes de dictar la decisión sobre su retorno, la “asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño” (artículo 10).

El primero de los requisitos figura también, de forma muy parecida, en la Ley de Extranjería⁶⁴⁵, excepto por el hecho de que ésta habla de servicios “de protección de menores”, y no de “servicios de acogida”, como la norma comunitaria. No queda claro, por tanto, si esta última se refiere a servicios de acogida inicial o servicios de protección de carácter permanente, que eviten el desamparo. Además, la norma europea habla de “Estado de retorno”, lo que significa que el menor puede ser repatriado, no sólo a su país de origen, sino también a uno de tránsito, en virtud de acuerdos, o a un tercer país que lo admita, al

⁶⁴⁵ Artículo 35.5 *in fine* de la LE: “[...] De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos”.

que voluntariamente decida ir⁶⁴⁶. También este punto es menos garantista que la regulación interna al efecto, que sólo permite retornar al menor al país de origen, o bien a aquel donde se encontrasen sus familiares (artículo 35.5 LE).

En cuanto al segundo requisito impuesto por la Directiva para retornar a un menor, la “asistencia” de los “servicios pertinentes”, teniendo en cuenta el “interés superior del niño”; no queda claro a qué tipo de asistencia se refiere: ¿Simplemente a la satisfacción de sus necesidades básicas? ¿Asistencia letrada gratuita? El hecho de que dicha asistencia deba prestarse “antes de dictar una decisión de retorno”, y teniendo en cuenta el interés superior del menor, parece indicar que se referiría a algún tipo de representación y/o asistencia letrada independiente en el procedimiento de retorno, pero no está claro. Igualmente confuso es el papel que juega el **interés superior del menor** en este sentido. Atendiendo a la literalidad del precepto, la virtualidad de dicho principio parece quedar reducida a la prestación de la asistencia referida (prestar dicha asistencia teniendo en cuenta el interés del menor); quedando, por tanto, excluida del proceso decisorio relativo al retorno. Hipótesis que se confirma con una interpretación sistemática del precepto, que atienda al supuesto de hecho al que se anuda la consecuencia jurídica del retorno, que no es otro que la estancia irregular.

En este sentido, la principal diferencia entre el retorno regulado por la Directiva, y la repatriación de la Ley de Extranjería española, radica en su finalidad teórico-jurídica. Así, mientras que el artículo 35 de Ley de Extranjería regula la repatriación como medida de protección del menor, el artículo 10 de la Directiva de Retorno, al igual que la norma en su conjunto, está orientado a luchar contra la inmigración irregular. Estaríamos, pues, ante el mismo problema mencionado con respecto a la Resolución de 1997: según el estatuto constitucional del menor propuesto, la intervención en los derechos del menor que implica la expulsión no se justifica si la finalidad que se persigue con la misma no es la propia protección del menor.

Por otro lado, el menor no acompañado expulsado también se somete a una prohibición de entrada durante cinco años, al igual que los adultos. Asimismo, también puede ser objeto de **internamiento** previo a la expulsión. Ahora bien, ¿con

⁶⁴⁶ Artículo 3 de la Directiva.

qué fin se aplicarían estas medidas? Mientras la finalidad inmediata de la prohibición de entrada sería sancionar una falta administrativa (estancia irregular); la del internamiento, sería facilitar la expulsión. De forma mediata o indirecta, ambas pretenden luchar contra la inmigración irregular. De nuevo, la norma establece medidas restrictivas de derechos fundamentales del menor, no tendentes, precisamente, a su protección.

Entre las garantías “específicas” para el internamiento de un menor no acompañado, la Directiva establece, en primer lugar, que sólo se disponga como “último recurso” y por “menor tiempo posible” (artículo 17). Pero ¿quiere esto decir que tales criterios no se aplican si el inmigrante es mayor de edad? Dado que el principio de proporcionalidad determina que la respuesta a esta pregunta sólo pueda ser negativa⁶⁴⁷, la conclusión es que dicha garantía no es específica para menores, por lo que no supone un plus de protección. En segundo lugar, ha de garantizarse el ocio a los menores internados, así como, dependiendo de la duración de la estancia (no fijando en este punto ningún límite mínimo), el acceso a la educación. Por último, a los menores no acompañados se les facilitará, “en la medida de lo posible”, alojamiento adecuado a las necesidades de su edad. En vista del problema existente en la realidad en este sentido, y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo al respecto, el precepto debería descartar sin ambages el internamiento de menores no acompañados en centros no adecuados para menores, como los de adultos⁶⁴⁸. Como conclusión, las garantías específicas para el internamiento del menor no acompañado se reducen, a ocio, en ocasiones

⁶⁴⁷ Así se constata en el artículo 15 de la Directiva: “Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno [...]”.

⁶⁴⁸ La Corte Europea ha condenado en varias ocasiones, como en los ya citados casos *Mubilanzila Mayeka y Kanani Mitunga* y *Muskhadzhibyeva* y otros, ambos contra Bélgica, detenciones de menores en centros no adecuados a las necesidades de su edad. Asimismo, organizaciones como Human Rights Watch han denunciado que en determinados países, como en Grecia, los menores no acompañados sufren prolongadas detenciones, en centros inadecuados, a veces incluso compartiendo celda con adultos: TROLLE, S.: “En la trampa de la inmigración: Menores extranjeros no Acompañados en Europa”, en HUMAN RIGHTS WATCH: *Informe Mundial 2010*: http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/migration_sp.pdf . El informe alude, a su vez, a la denuncia que el COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA hizo a Grecia respecto a dicho punto: “Report to the Government of Greece on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 23 to 29 September 2008”, párr. 53. <http://www.cpt.coe.int/documents/grc/2009-20-infeng.htm>

educación, y “en la medida de lo posible”, alojamiento adecuado. Finalmente, en lo que podría percibirse como un ejercicio de cinismo, el precepto recuerda que “el interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión”.

Por último, la Directiva de Retorno prevé dos garantías para los menores no acompañados durante el plazo para la salida voluntaria o en supuestos de aplazamiento de la expulsión, a saber, el acceso a la educación (aunque también en función de la duración de su estancia); y la genérica garantía de que, como persona vulnerable, se tomen en consideración sus necesidades especiales durante dicho periodo.

Retornando a la cuestión más candente, la aplicación a menores no acompañados de tres medidas restrictivas de derechos fundamentales, como son el internamiento, la expulsión y la prohibición de entrada, que no están apriorísticamente orientadas a la protección del menor, es incompatible con el estatuto constitucional del menor, en virtud del cual, el legislador –en sentido amplio- está obligado a garantizar que el interés superior del menor sea una consideración primordial en las decisiones que le afecten. Por ende, sería incompatible también con el artículo 24 de la Carta, que consagra el principio con la máxima jerarquía normativa de la Unión. Asimismo, no está de más recordar que aquéllos preceptos de la Directiva también contradicen el tratamiento jurídico doméstico del colectivo⁶⁴⁹.

¿Cómo podría solventarse la incompatibilidad de dichos preceptos con el principio del interés superior del menor? En primer lugar, debería valorarse si cabe una interpretación de los mismos conforme a los derechos fundamentales de la Carta, en concreto, a su artículo 24, que habría de infiltrarse en la transposición de las directivas europeas que lleven a cabo los Estados miembros. Podría decirse que en cada directiva existe una cláusula no escrita que obliga a tener en cuenta aquellos derechos en su transposición, lo que puede implicar excepciones, limitaciones o matizaciones a su literalidad.

⁶⁴⁹ PÉREZ SOLA, N.: “La Directiva de retorno y la involución... *op.cit.*, p. 5.

La interpretación conforme al interés superior del menor vendría, además, reforzada, por una interpretación sistemática de los preceptos de la Directiva, pues la norma obliga a tener en cuenta aquél principio en su aplicación⁶⁵⁰.

Con respecto al retorno o expulsión de menores, una interpretación conforme a los derechos fundamentales de los preceptos que regulan tal medida, comportaría integrar plenamente el interés superior del menor en la concreta decisión sobre su retorno, lo que convertiría a ésta, en una medida de protección. En este sentido, el interés del menor podría legitimar que se otorgue un permiso de residencia a un menor cuando la determinación de la dimensión concreta de aquél indicara que lo mejor para él sea permanecer en territorio nacional. Esta interpretación-conforme y sistemática-, si bien no atenta contra la literalidad de la disposición, no está claro que sea legítima, por escapar a la lógica general de la norma comunitaria, que no es otra que la lucha contra la inmigración irregular.

En este punto, podría plantearse el dilema de si la interpretación, por parte de los Estados, bien de la normativa europea, con vistas a su transposición, o bien de los actos estatales de transposición, en su aplicación jurisdiccional, de manera conforme a los derechos fundamentales de la Carta, puede erosionar la uniformidad y la eficacia del Derecho Comunitario, tanto en el territorio de cada Estado, como en el de la Unión. En este sentido, Aída TORRES advierte del riesgo que puede implicar para dichos valores (uniformidad y efectividad del Derecho de la Unión) la revisión jurisdiccional, por jueces y tribunales estatales, de actos estatales de aplicación o transposición de Derecho Comunitario, en especial cuando la revisión persigue salvaguardar el estándar de protección constitucional superior, en el contexto de una regulación dispar de derechos fundamentales⁶⁵¹. Riesgo que también ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal de Justicia, sentenciando, en el *caso Melloni*, que el principio de mayor estándar de protección (artículo 53 de la

⁶⁵⁰ Artículo 5: “Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del menor [...]”.

⁶⁵¹ *Conflicts of Rights in the European Union, op.cit.*, pp. 60-61. Según la autora, dada la especialidad del Derecho Comunitario, la tradicional regla de resolución de conflictos entre declaraciones de derechos fundamentales, a favor del mayor estándar de protección, puede afectar, si se aplica sin restricciones, a la uniformidad y eficacia de aquél.

Carta) no puede impedir la primacía del Derecho Comunitario⁶⁵². Ahora bien, el problema aquí planteado es distinto a la situación a la que alude Aida TORRES, y a la que resuelve la citada sentencia. La autora evoca situaciones en las que se pretende salvaguardar el estándar constitucional de protección iusfundamental, frente a normas comunitarias menos garantistas. Al igual que la sentencia del Tribunal de Justicia referida, en la que, además, seguir el principio del mayor estándar de protección implicaría una interpretación contraria a la literalidad de la norma cuestionada.

A diferencia de ello, la interpretación del Derecho derivado conforme a los derechos fundamentales integrados en el Derecho originario (siempre que sea posible, es decir, que no sea *contra legem*), que es la que se propone, es algo que cualquier intérprete –interno o comunitario– está obligado a realizar. El parámetro de legitimidad (los derechos fundamentales de la Unión), sería el mismo en todos los casos, por lo que teóricamente, la uniformidad del Derecho de la Unión no se vería tan amenazada. Ahora bien, lo deseable desde esta perspectiva de uniformidad y, sobre todo, de seguridad jurídica, sería una interpretación conforme de la norma proveniente del propio Tribunal de Justicia.

Sin embargo, es muy dudoso que quepa interpretación conforme de los preceptos de la Directiva que regulan el internamiento de menores y la prohibición de entrada posterior a su expulsión. Partiendo de que no cabe considerar que dichas medidas persigan su protección, se plantearía la cuestión de si la exclusión de los menores no acompañados del ámbito de aplicación de las mismas, supondría una interpretación *contra legem*. Es decir, ¿la modificación del ámbito de aplicación subjetivo de la norma europea en su transposición constituiría un trato más

⁶⁵² STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, párrafos 57-64. En este caso el Tribunal Constitucional español plantea una cuestión prejudicial en la que pregunta al Tribunal de Justicia si un Estado miembro puede denegar la ejecución de una orden de detención europea, contraviniendo el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*; con fundamento en el artículo 53 de la Carta, por un motivo basado en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada garantizados por la Constitución española. El Tribunal de Justicia responde negativamente a la cuestión, afirmando que el límite al mayor estándar de protección protegido por el artículo 53 de la Carta, no es otro que la uniformidad y eficacia del Derecho de la Unión.

favorable incompatible con la misma en el sentido de su artículo 4.3⁶⁵³? Se intentará responder a esta cuestión de manera general, es decir, con respecto a toda la Directiva (atendiendo, por tanto, al retorno, internamiento y prohibición de entrada), con la finalidad de abarcar todas las posibles hipótesis, sin perjuicio de que en materia de retorno de menores no acompañados, se defienda la posibilidad de una interpretación conforme.

Si la exclusión del menor no acompañado del ámbito subjetivo de la Directiva en los actos estatales de trasposición fuera incompatible con la misma, la única solución posible sería la modificación de la norma, con objeto de adecuarla al principio del interés superior del menor. Para ello se podría, bien incluir a los menores entre los excluidos del ámbito de aplicación de la misma, o bien, partiendo de la posibilidad de interpretación conforme del artículo 10 (retorno de menores), modificar los preceptos relativos al internamiento y a la prohibición de entrada, para excluir al colectivo en cuestión del ámbito de aplicación de estas medidas.

Por otra parte, y con respecto a la expulsión de menores, por más que el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva de Retorno reconozca a los Estados la posibilidad de “conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo”; esta opción parece presentarse como excepcional y fundada en el estudio individualizado de los casos, por lo que la posibilidad de exención de expulsión que contempla no parece extrapolable a un colectivo o categoría de personas en su totalidad, como el de los menores no acompañados. En cualquier caso, aunque así fuera, el sólo hecho de que existan potenciales subterfugios para evitar la aplicación integral de la Directiva, no sería suficiente para dotar, de forma automática, de legitimidad a la misma. Como ha mantenido el Tribunal de Justicia con respecto a determinados preceptos de la Directiva de Reagrupación Familiar, “el hecho de que las disposiciones de la Directiva impugnadas reconozcan a los Estados miembros cierto margen de apreciación y les permitan aplicar, en determinadas circunstancias, una norma nacional que establezca excepciones a las reglas de principio impuestas

⁶⁵³ Artículo 4.3: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”.

por la Directiva, no puede producir el efecto de sustraer estas disposiciones al control de legalidad por el Tribunal de Justicia”, de manera que “una disposición de un acto comunitario puede, como tal, no respetar los derechos fundamentales si obliga a los Estados miembros o les permite expresa o tácitamente adoptar o mantener normas nacionales que no respeten dichos derechos”⁶⁵⁴. Por esa misma razón, estimamos que se deberían someter los artículos mencionados a enjuiciamiento del Tribunal de Justicia, incluidos los relativos a la expulsión de menores, por es susceptible de ser interpretada en un sentido lesivo del interés del menor.

Otra cuestión es si, mientras que dicho pronunciamiento no se produzca, y asumiendo que no quepa interpretación conforme de los preceptos relativos al internamiento y prohibición de entrada de menores, o incluso que dicha interpretación no cupiera tampoco para el caso de la expulsión, ¿estaría España obligada a regular la expulsión de menores no acompañados en el proceso de transposición de la Directiva, contraviniendo los derechos fundamentales de la Unión?

A falta de pronunciamiento del Tribunal de Justicia respecto a la interpretación de las disposiciones cuestionadas, puede ser ilustrativa en este sentido la STJUE de 22 de octubre de 2009⁶⁵⁵, ya que, aunque el marco jurídico aplicable en la misma no sea todavía la Directiva en cuestión, sí lo son determinados preceptos del *Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen* (CAAS) (artículos 6 *ter* y 23) y del *Reglamento n° 562/2006*⁶⁵⁶ (artículo 11), considerados predecesores de aquélla en materia de retorno. La comparación ha de ser extremadamente prudente pues las fuentes de ambos supuestos son de distinta naturaleza, una es Directiva, y la otra Reglamento, por lo que el margen de discrecionalidad del Estado a la hora de la transposición es mucho menor en éste que en aquélla. Atendiendo, por tanto, a la sentencia de 2009, la misma resuelve dos cuestiones prejudiciales acumuladas sobre la posibilidad de que la legislación de extranjería española previera una multa para

⁶⁵⁴ STJUE de 27 de junio de 2006, C-540/03, párrs. 22 y 23.

⁶⁵⁵ STJUE de 22 de octubre de 2009, que resuelve los asuntos acumulados C-261/08 (*María Zurita García*) y C-348/08 (*Aurelio Choque Cabrera*).

⁶⁵⁶ Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, *por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen)*.

un supuesto de hecho para el que la mencionada normativa europea prescribía la expulsión (el supuesto de que una persona no refute la presunción de que ha sobrepasado el tiempo de estancia regular, siempre que no haya sello de entrada en su pasaporte). Es decir, la cuestión era si el ámbito de aplicación objetivo (no subjetivo) de dichas normas europeas era susceptible de ser cercenado por un Estado miembro. El Tribunal de Justicia estableció que, en primer lugar, la versión en español de los preceptos europeos aplicables era la única que expresaba como obligación la medida de expulsar - las demás versiones lo expresan como una posibilidad -. Además –continúa el Tribunal-, “en la medida en que el artículo 23, apartado 3, del CAAS establece que, en algunas situaciones, un nacional de un tercer país debe ser expulsado del Estado miembro en cuyo territorio ha sido aprehendido, esta consecuencia está supeditada a las condiciones establecidas por el Derecho nacional de ese Estado miembro. En caso de que la aplicación de tal Derecho no permita la expulsión, dicho Estado miembro puede admitir que el interesado resida en su territorio” (párrafo 63). Finalmente, el Tribunal declara que los citados preceptos europeos deben interpretarse en el sentido de que, “cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión”.

¿Cabría extender por analogía esta interpretación, para excluir la expulsión de los menores no acompañados, partiendo de que la intensidad de la (no) obligación de expulsar del Estado es la misma bajo la Directiva de Retorno que bajo la normativa precedente? Entre los elementos a favor de esta extensión, figuran la lógica de norma de mínimos (mínimas garantías) que rige la Directiva, y la lógica a favor de la protección más intensa del artículo 53 de la Carta⁶⁵⁷. En contra, la precitada sentencia del Tribunal de Justicia, recaída en el caso Melloni, que acota el principio del mayor estándar de protección en aras de la primacía del Derecho Comunitario. La contradicción de argumentos aboga en favor de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia en este sentido, en el que, o bien se fije

⁶⁵⁷ Sobre el significado y la interpretación de este artículo, véase DÍAZ CREGO, M: *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2009, pp. 202 y ss.

una interpretación conforme a la protección del menor brindada por la Carta de los preceptos controvertidos, o mejor aún, se obligue a las instituciones comunitarias a reformar la norma, con objeto de excluir a los menores no acompañados de su ámbito de aplicación.

Con posterioridad a la Directiva de Retorno, las distintas instituciones comunitarias han lanzado varios instrumentos específicos de *soft law*, sobre menores no acompañados, en el ámbito de la política migratoria⁶⁵⁸. Además, han insertado contadas disposiciones o referencias específicas, tanto en normas jurídicamente vinculantes; como en instrumentos de *soft law*. Todos ellos constituyen fiel reflejo, no sólo de los principales ámbitos de interés de la Unión en la materia, sino también de la constante tensión entre la perspectiva más garantista de la Comisión, y la más conservadora y pragmática del Consejo⁶⁵⁹; de manera que el tratamiento europeo de los menores no acompañados ha discurrido entre dos aguas, las de la gestión de la inmigración y el orden público, y las de la protección de menores.

Así, en los instrumentos aprobados en la materia se observa que, mientras la Comisión se esfuerza por que la condición de menor prepondere sobre la de inmigrante, reconduciendo sutilmente todas las medidas o propuestas del Consejo en este sentido; el Consejo (y el Consejo Europeo), si bien evita la confrontación directa con la Comisión, somete el tratamiento del colectivo a la consecución de una gestión de flujos migratorios lo más eficaz posible, haciendo prevalecer la condición de inmigrante sobre la de menor. Otras instituciones, como el Comité de

⁶⁵⁸ Por orden cronológico: COMITÉ DE LAS REGIONES: *Dictamen sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales*, 2007/C 51/2007; COMISIÓN EUROPEA: Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo: *Plan de Acción sobre los menores no acompañados* (2010-2014), de 6 de mayo de 2010 (COM(2010)213 final); CONSEJO DE JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR: *Conclusiones relativas a menores no acompañados*, 3 de junio de 2010; COMISIÓN EUROPEA: *Informe intermedio de la aplicación del plan de acción sobre menores no acompañados*, 28 de septiembre de 2012, (COM(2012) 554 final).

⁶⁵⁹ Diego ACOSTA evoca la distinta actitud de las instituciones europeas en materia de inmigración, valiéndose de la comparación con el “bueno, el feo y el malo”, de la película homónima de Sergio Leone. Con tal expresión se refiere, respectivamente, al Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo. No obstante, el autor, tras valorar la actuación del Parlamento con respecto a la controvertida Directiva de Retorno (aprobanda la primera versión del texto), se cuestiona si el Parlamento ha dejado de ser el bueno para convertirse, simultáneamente, en el feo y el malo. En “The Good, the Bad and the Ugly in the EU Migration Law...*op.cit.*”

las Regiones, se mantienen en zonas de penumbra, sin decantarse de forma diáfana por uno u otro enfoque⁶⁶⁰.

Cuando el Programa de Estocolmo pide a la Comisión que realice un *Plan de Acción* (que deberá ser posteriormente adoptado por el Consejo) en el que combine “medidas de prevención, protección y asistencia al retorno”, teniendo “en cuenta el interés superior del menor”; insiste especialmente en que se facilite “el retorno del elevado número de menores no acompañados que no requieren protección internacional”, a lo que sigue un tendencioso salto argumentativo, al reconocer que “para muchos el interés superior es su reagrupación con sus familias y su desarrollo en su propio entorno social y cultural”. Subraya, en este sentido, la necesidad de cooperación con los países de origen, tanto para facilitar la repatriación de menores, como para impedir ulteriores salidas. Aun camuflada bajo frases biensonantes, se percibe la preponderancia de la condición de inmigrante sobre la de menor.

En el *Plan de Acción* la Comisión responde expresamente a la insistencia del Consejo Europeo por facilitar el retorno de menores no acompañados, alegando que el retorno es sólo una de las tres soluciones duraderas posibles (junto a la integración en el Estado miembro o, en caso de solicitantes de asilo, el reasentamiento), entre las cuales se habrá de optar, de manera individualizada, en función de lo que dicte el interés superior del menor⁶⁶¹. Así, de un plumazo, la Comisión pretende revertir la situación, transformando el retorno de menores en una solución duradera como forma de protección al menor. Esto implica alejarse de la tónica instaurada por regulaciones anteriores, en especial, la Directiva de Retorno. No obstante, si se quiere salvar la vigencia de ésta, también podría entenderse, en coherencia con lo expuesto más arriba, que lo que la Comisión está haciendo no es otra cosa que una **interpretación conforme**, de los preceptos de la Directiva relativos a la expulsión de menores, con respecto a los derechos fundamentales

⁶⁶⁰ A pesar de que en el *Dictamen sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio* encuadra el fenómeno en el contexto de la gestión de flujos migratorios, comienza a vincular el tratamiento de este colectivo con el tema de la protección de menores, aunque se refiera a la brindada en su país de origen.

⁶⁶¹ La COMISIÓN añade (*Plan de Acción sobre Menores no Acompañados*): “En los casos en que el retorno no sea posible o en que se considere que el interés superior del menor es la integración en el país de residencia, se concederá un estatuto jurídico a los menores no acompañados que les reconocerá como mínimo los mismos derechos y la protección de que disfrutaban anteriormente, y se les buscará un alojamiento idóneo”

consagrados en la Unión. En virtud de tal exégesis, la finalidad de la medida ya no sería la lucha contra inmigración irregular, sino el cumplimiento del interés superior del menor.

El duelo entre la Comisión y el Consejo continúa con las *Conclusiones* de este último sobre el *Plan de Acción* aprobado por aquélla. Si bien el Consejo aparentemente hace suyo el discurso de la Comisión, como se aprecia cuando destaca “la importancia de encontrar soluciones duraderas basadas en una evaluación individual del interés superior de cada niño, consistentes en el retorno y la reintegración en el país de origen o de retorno, la concesión de protección internacional o de otra situación jurídica en función de la legislación nacional de cada Estado miembro”, da un paso atrás en cuanto a la interpretación de la Directiva de Retorno, refiriéndose a ésta como “marco jurídico aplicable en toda la UE para el retorno de los menores no acompañados que no pueden acogerse a la protección internacional ni a otras formas de protección y que se encuentran en situación irregular en el territorio de los Estados miembros”⁶⁶². A partir de lo cual, y evocando lo dispuesto por el Programa de Estocolmo en cuanto a la necesidad de facilitar el retorno de menores no acompañados que no precisan de protección internacional, orienta el discurso hacia la dicotomía asilo (o protección subsidiaria)-retorno; es decir, legitimando la expulsión de los menores no acompañados con perfil de inmigrantes económicos.

Por otro lado, las normas e instrumentos aprobados en materia de menores no acompañados, recogen dos modalidades de actuación: una *ad extra*, o de cooperación con terceros Estados, y otra *ad intra*, de colaboración o actuación común en el seno de la Unión. Ambas están estrechamente relacionadas entre sí, y a menudo se presentan de forma entrelazada.

La cooperación con terceros Estados (países de origen y tránsito) supone el reflejo, en el ámbito específico de los menores no acompañados, del progresivo protagonismo que la misma ha adquirido en los últimos años en el marco de la política migratoria europea. En este sentido, la cooperación se considera, hoy en día, el principal recurso para la resolución de los problemas que plantean los menores no acompañados en la Unión Europea; tanto en lo relativo a la prevención

⁶⁶² *Conclusiones relativas a menores no acompañados, op.cit.*

de la inmigración irregular y la trata⁶⁶³, como a la búsqueda informada de soluciones duraderas, y la supervisión del retorno y de la integración en el país de origen⁶⁶⁴.

En segundo lugar, la colaboración de los Estados miembros, en el ámbito interno de la Unión, en materia de menores no acompañados, ha sido demandada reiteradamente por las instituciones europeas⁶⁶⁵, especialmente en las áreas de la introducción ilegal de menores, la determinación de la edad, la identificación y la búsqueda de la familia⁶⁶⁶, y la particular atención que demanda el colectivo en la lucha contra la trata de seres humanos⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Con ese objetivo, el *Plan de Acción sobre menores no acompañados* insta a los Estados a “sensibilizar, identificar y proteger a potenciales víctimas de trata en los países de origen; informar sobre los riesgos de la inmigración irregular de menores y de posibilidades alternativas en su país de origen; promover la mejora de sistemas de protección de menores, coordinando todos los servicios sociales en los países de origen”, así como a incrementar la capacidad de protección en los terceros países, mediante la “financiación y apoyo –asesoramiento en capacidad legislativa y administrativa– a terceros países para asistencia y protección de menores no acompañados y menores solicitantes de asilo”. De todo ello, y sin perjuicio de los tímidos avances en otros ámbitos, en el que más y mejor se avanzó en el 2012, según el *Informe intermedio de aplicación del Plan de Acción*, era en “la financiación, tanto nacional como de la UE, de centros en países de origen como Senegal, Marruecos, Moldavia, Egipto, Kenia, Guatemala y Bolivia para ofrecer alojamiento y educación a los menores”.

⁶⁶⁴ Según la COMISIÓN, la cooperación con los países de origen y de tránsito ha de ser permanente, y no limitarse a las medidas de prevención, sino abordar también “otros aspectos relevantes como el restablecimiento de los vínculos familiares, el retorno seguro de los menores o los riesgos de que sean de nuevo víctimas de la trata de personas”, en *Informe intermedio de aplicación del Plan de Acción*. En la misma línea, en el *Dictamen sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales*, el COMITÉ DE LAS REGIONES establece que: “Es necesario desarrollar acciones tendentes a evitar la salida de los menores y promover su repatriación asistida, generando un sistema de protección en dichos países partiendo del desarrollo de una política de protección que promueva la ejecución de las medidas de tutela en los propios países de origen de los menores”.

⁶⁶⁵ En el *Dictamen sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales*, el COMITÉ DE LAS REGIONES “considera que es urgente elaborar a escala europea un enfoque común coherente del fenómeno de los menores no acompañados nacionales de terceros países, como fenómeno migratorio. Dicho enfoque debe tener en cuenta el carácter muy delicado del problema de los menores y de su protección, el papel esencial de las comunidades y familias de origen y, por último, la importancia primordial del papel de los entes regionales y locales, en los que recaen las medidas de acogida y acompañamiento social”.

⁶⁶⁶ En el *Plan de Acción sobre menores no acompañados* (p.12), la COMISIÓN se compromete a promover un enfoque común respecto a la determinación de la edad y el rastreo de las familias en el país de origen. Con dicho objetivo, pide a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo que organice formación sobre la evaluación de la edad, y un manual de buenas prácticas. Asimismo, insta a los Estados miembros a utilizar el sistema de información de visados (VIS) para verificar la identidad de los menores no acompañados registrados, y a ayudarse mutuamente en el rastreo de las familias, aprovechando las redes operativas al efecto. Por último, reclama que se garantice el recurso frente a las decisiones de determinación de la edad, así como que un tutor acompañe al supuesto menor en dicho trámite.

⁶⁶⁷ El Programa de Estocolmo, p. 31.

Algunas propuestas apuntan a la utilización de recursos comunes; otras a la acción legislativa comunitaria, ya sea mediante enmiendas y complementos a la legislación ya existente, o bien mediante la aprobación de un nuevo instrumento legislativo específico que aborde de forma global la situación del colectivo⁶⁶⁸; y otras al estudio, investigación, recopilación de información, e intercambio de buenas prácticas en materia de menores no acompañados.

De entre todas las propuestas, son éstas últimas las que principalmente se han implementado, promovidas por la Comisión⁶⁶⁹. De manera que la Unión parece encontrarse en una fase embrionaria, de reflexión, como si se estuviera preparando para la búsqueda de respuestas correctas a preguntas complejas y, por afectar al menor, por un lado, y a las arcas del Estado, por otro, especialmente sensibles.

Entre los mencionados estudios e iniciativas implementadas, destacan: la creación de un grupo de expertos en menores no acompañados en el proceso de migración⁶⁷⁰; el trabajo de investigación en materia de determinación de la edad de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo⁶⁷¹; y varios proyectos conjuntos y redes de colaboración en materia de tutela⁶⁷². Del mismo modo, se potencia el apoyo a los

⁶⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA: *Plan de Acción sobre menores no acompañados*. El CONSEJO, en sus *Conclusiones relativas a menores no acompañados*, estima que “[d]ebería contemplarse un planteamiento global y coherente de la situación de los menores no acompañados en su conjunto”.

⁶⁶⁹ En este sentido, como dice la Comisión en su *Informe intermedio de aplicación del Plan de Acción*, “Se invita a los Estados miembros y a las organizaciones de la sociedad civil a presentar propuestas específicas que favorezcan el enfoque común de la UE sobre los menores no acompañados. Los nuevos proyectos centrados en las buenas prácticas para prevenir la desaparición de los menores de las instituciones de asistencia, mejorar sus condiciones de alojamiento y tratar las situaciones que se presentan cuando cumplen 18 años podrían suponer una contribución importante”. Dado el creciente interés europeo en la materia, se han formado redes de colaboración, grupos de influencia, etc., en torno a la actividad de la Unión al respecto, como el denominado EPIM (European Programme for Integration and Migration), que es una red de fundaciones que financian y facilitan trabajos sobre inmigración, intentando influir en la política de la UE. Al amparo de este programa, y respecto a menores no acompañados solicitantes de asilo, se desarrolla ENGI (European Network of Guardianship Institutions).

⁶⁷⁰ Grupo E02402, creado por la Comisión para facilitar el intercambio opiniones y buenas prácticas en este ámbito. A sus reuniones asisten expertos de los Estados miembros de la UE, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales e instituciones y agencias de la UE.

⁶⁷¹ En 2012 la Oficina ha creado un grupo de trabajo sobre determinación de la edad. Asimismo, ha fijado, entre sus objetivos para el 2013, la realización de un manual que trate el tema.

⁶⁷² En materia de tutela de menores no acompañados, se han financiado proyectos que pretenden afrontar los retos comunes a toda la Unión que la institución plantea, como la necesidad de formación de los tutores. A fin de apoyar las redes de tutores, la Comisión financió el proyecto *European Network of Guardianship Institutions: Guardianship in practice*, que está llevando a cabo la Fundación NIDOS; así como un proyecto liderado por la sección neerlandesa de *Defence for Children* (*Closing a protection gap: Core Standards for guardians of separated children in Europe*, (financiado con arreglo al Programa DAPHNE III que finalizó en 2011), que dio lugar a la formulación de normas

menores no acompañados en el marco de los mecanismos ya existentes de financiación en los ámbitos de inmigración y asilo⁶⁷³. Sin embargo, dentro del tratamiento de los menores no acompañados, es el retorno el aspecto más estudiado⁶⁷⁴, y respecto al que se han financiado y promovido más proyectos por parte de la Comisión⁶⁷⁵. En algunos de esos estudios se trasluce el propósito de aquélla de adecuar la transposición de la Directiva de Retorno a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales vigentes en la Unión⁶⁷⁶.

Al margen de la proliferación de estudios, investigaciones y proyectos, se han aprobado también normas jurídicamente vinculantes relativas a menores no acompañados, con el fin de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. En este sentido, se ha aprobado el Código de Fronteras Schengen, que exige a los Estados que ejerzan un especial control fronterizo respecto a menores, tanto acompañados como no acompañados⁶⁷⁷. Asimismo, se ha aprobado la Directiva contra la trata de seres humanos, que proporciona al menor no acompañado víctima de trata, un tratamiento jurídico específico, atendiendo a su especial vulnerabilidad⁶⁷⁸. No obstante, las concretas normas de protección previstas para éste, no difieren en gran medida del tratamiento que la Comisión defiende para el

fundamentales aplicables a los tutores de menores no acompañados; o el proyecto *Improving the Quality of Unaccompanied Minor Asylum Seekers' Guardianship and Care in Central European Countries*, de la Organización Internacional para las Migraciones

⁶⁷³ El Fondo Europeo para los Refugiados y el Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países suelen conceder prioridad a esta categoría de inmigrantes. Asimismo, el Fondo Europeo para el Retorno también posee proyectos para la búsqueda de las familias y la supervisión de los menores retornados, así como para centros de acogida destinados a los menores no acompañados que retornan a sus países.

⁶⁷⁴ RED EUROPEA DE MIGRACIONES: *Informe sobre la política de acogida, repatriación, y acuerdos para la integración de menores extranjeros no acompañados. Estudio comparativo de la UE*, mayo 2010.

⁶⁷⁵ Entre otros, destacan: la *Plataforma Europea para el Retorno de los Menores No Acompañados* (que integra a Suecia, Noruega, Holanda y Reino Unido), financiada con cargo al Fondo para el Retorno, y dirigida al retorno de menores no acompañados solicitantes de asilo; y el *Instrumento Europeo para la Reintegración*, organizado por varios Estados miembros (Holanda, Bélgica, Francia, Suecia y Alemania), cofinanciado entre dichos países y la Unión, y destinado, entre otros grupos, a los menores no acompañados.

⁶⁷⁶ ECRE y SAVE THE CHILDREN- EUROPEAN COMMISSION DIRECTORATE-GENERAL HOME: *Comparative Study on practices in the field of return of Minors* HOME/2009/RFX/PR/1002. Final report, December 2011. Como se dice en este informe, realizado por encargo de la Comisión Europea: “the Return Directive must be implemented into national law in accordance with international human rights obligations”.

⁶⁷⁷ Reglamento por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, anexo VII, apartado 6.

⁶⁷⁸ La consideración 23 de la Directiva dice: “Debe prestarse una atención especial a los menores no acompañados víctimas de la trata de seres humanos, ya que necesitan asistencia y apoyo específicos por razón de su situación de vulnerabilidad particular”.

menor no acompañado en general, a saber: medidas de acogida adecuadas a las necesidades del menor (este punto sí da entrada a un tratamiento específico derivado de las especiales necesidades de protección de las víctimas de trata), garantías procesales, nombramiento de tutor o representante, y adopción de una solución duradera sobre su futuro, individualizada, y sobre la base del interés superior del menor⁶⁷⁹.

Como conclusión, a pesar de las contadas disposiciones comunitarias jurídicamente vinculantes relativas específicamente a los menores no acompañados, es evidente que en los últimos años el interés de la Unión al respecto ha incrementado notablemente. De esta forma, se ha creado un caldo de cultivo que podría considerarse el primer paso de un largo proceso de comunitarización, como sucediera en materia de inmigración, que de ser objeto de una cooperación informal, y al margen de las instituciones comunitarias, devino, paso a paso, en competencia de la Unión.

Dada la movilidad de los menores no acompañados dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, parece justificarse, desde la perspectiva de la subsidiariedad, la actuación comunitaria en la materia. No obstante, como se anunciaba en el epígrafe anterior, tal actuación debería ampararse, bien en una expresa asunción competencial de la Unión en materia de protección de menores, o bien, y esta es la dirección que los pasos dados hasta el momento parecen indicar, otorgando al menor, la protección parcial que legítimamente pueda amparar la competencia comunitaria en materia de inmigración, en cumplimiento de sus obligaciones dimanadas de la Carta. Es evidente que esta materia constituye, hasta el momento, la que más se presta para que la Unión pueda otorgar una protección específica a los menores no acompañados.

Con respecto a la hipotética asunción competencial de la Unión de la materia de protección de menores, no está claro que el ordenamiento comunitario sea lo suficientemente maduro para regular una materia tan sensible. La tensión existente entre las instituciones comunitarias en este sentido, así como las denodadas filigranas dialécticas de la Comisión por revertir, vía hermenéutica, normas que no respetan la debida protección que a los menores no acompañados les corresponde,

⁶⁷⁹ Artículos 14-16 de la Directiva de Trata.

pueden interpretarse en el sentido de que aquél ordenamiento es prematuro para abordar esta regulación; por lo que convendría robustecer el patrimonio constitucional y de derechos fundamentales de la Unión para que ésta pudiera regular la situación de los menores, incluyendo aquéllos que son extranjeros y están solos, con las suficientes garantías. Hasta que ese momento llegue, sólo queda la estrategia de protección dispersa aludida, que obligaría a la Unión, al legislar sobre inmigración, a respetar los derechos del menor, es decir, a brindar al menor no acompañado la asistencia adecuada a sus necesidades específicas, garantizando así todos sus derechos. Este debería ser el punto de partida, impuesto, como se ha visto más arriba, por el respeto al orden constitucional europeo (y a los derechos fundamentales por él reconocidos)⁶⁸⁰. La progresiva comunitarización en materia de menores no acompañados, deberá realizarse paulatinamente, a medida que los mínimos se consoliden y, preferiblemente, mediante la asunción, en su debido momento, de la competencia de protección del menor, para que aquélla se pueda desarrollar en este ámbito, y no en el de inmigración.

4. El menor no acompañado en el Consejo de Europa.

En el ámbito del Consejo de Europa se han fraguado, tanto a nivel normativo, como jurisprudencial, determinadas exigencias respecto al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados. En virtud de los mecanismos de apertura constitucional al Derecho Internacional (principalmente los artículos 10.2 y 39.4 CE), así como, menos directamente, vía diálogo judicial; aquéllas se impondrán a los poderes públicos españoles. Y también, adoptando la forma de principios generales de Derecho Comunitario, a los poderes de la Unión Europea. La vinculación de éstos será más diáfana cuando la Unión cumpla con su obligación de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁸⁰ Antes del comienzo del proceso de comunitarización en materia de inmigración, el mismo Parlamento Europeo se manifestó “indignado” por el hecho de que la política de inmigración de los Estados miembros no excluyera “prácticas ilícitas e indignas, como el encarcelamiento y la expulsión de refugiados menores”. PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea* A4-0393/1996, de 12 de diciembre de 1996 (DO C 20, de 20.1.1997). Transferidas competencias, la Unión es ahora corresponsable de proporcionar al menor inmigrante un tratamiento jurídico adecuado.

A nivel normativo, son relevantes para el colectivo objeto de estudio los tratados adoptados en este marco en materia de protección del menor. Algunos de ellos, como el *Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*⁶⁸¹; el *Convenio europeo sobre la protección de los niños frente a la explotación y los abusos sexuales*⁶⁸²; o el *Convenio europeo en materia de adopción de menores*⁶⁸³; han sido ratificados por España, pero otros, como el *Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño*⁶⁸⁴, o el *Convenio europeo sobre las relaciones personales que conciernen a los niños*⁶⁸⁵, todavía no lo han sido. Por su parte, la *Carta Social Europea*, vigente en España⁶⁸⁶, también reconoce varios derechos específicos a los menores, como la protección especial en el ámbito laboral (artículo 7), y la protección social y económica (artículo 17).

Atendiendo a la profusión de textos dedicados a los derechos del menor en el ámbito del Consejo de Europa, ¿no sería conveniente, a efectos de reforzar la seguridad jurídica y la protección integral, refundir todos ellos en un único Tratado, en el que se regularan los derechos del menor en el ámbito europeo?

También se han adoptado en este ámbito instrumentos de *soft law*, tanto en materia de protección de menores en general, como la *European strategy for children*⁶⁸⁷; como de menores extranjeros en particular, como las recomendaciones del Comité de Ministros, sobre su derecho a la educación⁶⁸⁸, y sobre su proyecto de vida⁶⁸⁹.

⁶⁸¹ Aprobado el 20 de mayo de 1980, en vigor desde el 1 de septiembre de 1984. Ratificado por España el 9 de mayo de 1984.

⁶⁸² Aprobado el 25 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de julio de 2010. Ratificado por España el 4 de noviembre de 2010.

⁶⁸³ Aprobado el 27 de noviembre de 2008, en vigor desde el 1 de septiembre de 2011. Ratificado por España el 5 de agosto de 2010.

⁶⁸⁴ Aprobado el 25 de enero de 1996, en vigor desde el 1 de julio del 2000. No ratificado por España.

⁶⁸⁵ Aprobado el 15 de mayo de 2003, en vigor desde el 1 de septiembre de 2005. No ratificado por España.

⁶⁸⁶ Aprobada el 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1961.

⁶⁸⁷ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE: *Recommendation 1286 (1996) on a European strategy for children*. El instrumento pretende dar un nuevo impulso a la Convención de Derechos del Niño entre los Estados miembros del Consejo de Europa. Aboga por que los derechos de los menores se conviertan en una prioridad política; y aporta recomendaciones concretas a los Estados, como la instauración de un defensor del menor, o una figura análoga, o el ya mencionado análisis previo del impacto que cada política podría tener sobre los derechos del niño (“child impact statement”). Asimismo, alienta a los Estados miembros a atender a las necesidades específicas de los menores en situaciones de migración, asilo, o marginalidad.

⁶⁸⁸ COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE: *Recommendation 1093 (1989) on the education of migrants children*.

Este último instrumento es especialmente significativo. En primer lugar, acoge un concepto de interés superior del menor compatible con el defendido más arriba, tanto en su dimensión abstracta (prevalente sobre cualquier otro interés), como en la concreta (obliga a descender a los distintos factores presentes en la realidad, para proceder a su determinación). Asimismo, el concepto de “proyecto de vida” (*life project*) que sugiere, constituye un genuino procedimiento de búsqueda de soluciones duraderas para los menores no acompañados. En virtud del mismo, el menor (y/o su representante) y las autoridades deben ponerse de acuerdo para plasmar por escrito su proyecto de vida, de forma individualizada, holística (teniendo en cuenta el perfil personal del menor, su historia migratoria, ambiente familiar y relación con su familia, deseos y expectativas, etc.), integral (que aborde la necesidad de proporcionar al menor un tutor o guardián especializado, información comprensible sobre su situación, asistencia especial, servicios básicos, como comida, educación, sanidad, etc.), y centrada en alcanzar soluciones duraderas basadas en su interés superior, que pueden entrañar que el menor resida en el Estado de origen, de destino, o incluso un tercer Estado donde se halle su familia.

Por otra parte, la ausencia de referencia normativa, en el Convenio Europeo, o en sus Protocolos Adicionales, a los menores no acompañados, se ha compensado, en cierto modo, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo. En este marco, ciertos preceptos han devenido especialmente relevantes para garantizar la protección específica de aquéllos.

Uno de ellos es el artículo 8 del Convenio Europeo, que recoge el derecho a la vida privada y familiar⁶⁹⁰. Varios autores han aludido a la elasticidad que a este derecho le ha proporcionado la progresiva extensión del concepto de “vida familiar”⁶⁹¹, siendo los extranjeros los más beneficiados de tal ensanchamiento, por

⁶⁸⁹ COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE: Recommendation CM/Rec(2007)9 *on life projects for unaccompanied migrant minors*, de 12 de julio de 2007.

⁶⁹⁰ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁶⁹¹ SANTOLAYA MACHETTI, P.: “El derecho a la vida privada y familiar...*op.cit.*; RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de los menores extranjeros...op.cit.*, pp. 125-138.

las implicaciones que el mismo ha tenido en materia de reagrupación familiar, y sobre todo, como límite a la expulsión⁶⁹².

En este punto, es de interés, respecto al colectivo objeto de estudio, el análisis jurisprudencial realizado por Ana RUIZ LEGAZPI, en cuanto a la relevancia que el Tribunal de Estrasburgo concede a la minoría de edad en la interpretación del derecho a la vida familiar como límite a la expulsión de extranjeros⁶⁹³. En este sentido, la autora defiende que bajo la jurisprudencia de aquél, late una presunción *iuris tantum* de prohibición de expulsión a los menores de edad, con anclaje en el derecho a la vida privada y familiar⁶⁹⁴. Esta doctrina jurisprudencial se ha fraguado especialmente en supuestos de menores que, teniendo lazos familiares en el país de residencia, han cometido delitos, o bien adultos que los cometieron cuando todavía eran menores.

El razonamiento del Tribunal en estos supuestos, especialmente claro en el asunto *Jakupovic contra Austria*⁶⁹⁵, se construye sobre la base de que, si bien la medida de la expulsión puede estar prevista en la ley de los Estados parte, y “la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales” figura entre las razones por las que el artículo 8.2 del Convenio permite restringir el derecho a la vida privada y familiar; tal restricción, al tratarse de un menor de edad, no superaría el requisito de ser necesario, en una sociedad democrática, para la consecución de aquél fin. Es decir, si bien “la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales” constituiría una finalidad convencionalmente legítima para la restricción del derecho, la medida utilizada para obtener dicho fin, la expulsión, no superaría el test de necesidad. Según el Tribunal Europeo, muy severas razones deberían existir para expulsar a un menor de edad y separarle de su familia. Como RUIZ LEGAZPI

⁶⁹² Los autores que han estudiado la jurisprudencia del Tribunal sobre estos temas, destacan la inconsistencia e imprevisibilidad de la misma. SANTOLAYA MACHETTI, P.: “El derecho a la vida privada y familiar...*op.cit.*, p. 561, y, con respecto a la concreta jurisprudencia sobre reagrupación familiar de menores: SPIJKERBOER, T.: “Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion”, en *European Journal of Migration and Law* 11(2009), pp. 271-293.

⁶⁹³ RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de los menores extranjeros...op.cit.*, pp. 125 y ss.

⁶⁹⁴ La preferencia por no expulsar a menores, latente en el Consejo de Europa, se refleja también, con respecto a los inmigrantes de larga duración menores de edad, en: COMMITTEE OF MINISTERS *Recommendation Rec(2000)15 concerning the security of residence of long-term migrants*, adopted on 13 September 2000 (“Long-term immigrants who are minors may in principle not be expelled”).

⁶⁹⁵ STEDH de 6 de febrero de 2003.

advierte, tales razones no pueden ser otras, en vista de la jurisprudencia europea, que las relacionadas con el orden público y la seguridad nacional⁶⁹⁶.

De manera que, rechazando la “necesidad” de la expulsión de menores para perseguir fines diversos a la salvaguarda del orden público y la seguridad nacional frente a amenazas peligrosas, el Tribunal está implícitamente negando la legitimidad de expulsiones de menores (si es que éstas comportan separación de su familia) que persigan otras finalidades mencionadas en el 8.2, como el “bienestar económico del país”. Es decir, no cabría utilizar la expulsión de un menor extranjero como instrumento de la política migratoria.

Todo ello sin perjuicio de las necesarias precisiones, pues existen otros factores de peso que la Corte Europea ha tomado en consideración para determinar la conformidad al Convenio de expulsiones por motivo de ofensas penales cometidas, como la naturaleza y gravedad de las mismas, el tiempo que el extranjero lleva residiendo en el país que pretende expulsarle, su arraigo (solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de residencia), vinculación con su país de origen, tiempo transcurrido desde la comisión de la ofensa penal, y el comportamiento del extranjero durante el mismo⁶⁹⁷. Ahora bien, sin perjuicio de todas las precisiones, que no hacen más que informar del carácter no absoluto de la presunción de prohibición de expulsión de menores, ésta presunción es la tendencia que se observa en la jurisprudencia.

Pero la autora da un paso más, y defiende que la presunción de prohibición de expulsión puede extrapolarse a los supuestos en los que el menor no tenga familia en el territorio del Estado miembro, es decir, prescindiendo del anclaje del derecho a la vida familiar. Aporta dos argumentos. En primer lugar, la férrea restricción que el Tribunal ha realizado en cuanto a razones legitimadoras de la expulsión de menores (reduciéndola a motivos poderosos de orden público y seguridad nacional), especialmente en el contexto de un derecho, la vida familiar, que el Convenio permite restringir más fácilmente que otros, es decir, en base a motivos que no contempla en el caso de otros derechos, como por ejemplo, el “bienestar económico del país”. De este modo, la firmeza de la Corte Europea al buscar

⁶⁹⁶ RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de los menores extranjeros...op.cit.*, pp. 160-161.

⁶⁹⁷ Constituyen lo que se ha venido a denominar los criterios de *Boultif*, expuestos en la STEDH de 2 de agosto de 2001, *caso Boultif v. Switzerland*, párr. 48.

legitimaciones especialmente férreas para la expulsión de menores en el marco de un derecho sobre el que existe tanta condescendencia para intervenir, permite extrapolar la presunción *iuris tantum* de prohibición de expulsión, a contextos ajenos al artículo 8 del Convenio, abarcando, de este modo, la situación de los menores extranjeros no acompañados. El segundo argumento a favor de la extrapolación de la presunción, sería el influjo del interés superior del menor en este tipo de decisiones⁶⁹⁸.

Atendiendo a dicho principio, y a los efectos hermenéuticos que tanto el Tribunal Constitucional, como la Corte Europea, parecen derivar del mismo, según lo expuesto más arriba, emerge aquí una discordancia. Y es que ésta última trastoca los efectos generalmente atribuidos al principio, cuando lo aplica en el ámbito de la extranjería y, concretamente, en el del artículo 8.1 del Convenio como límite a la expulsión de extranjeros⁶⁹⁹. Es decir, las consecuencias hermenéuticas derivadas generalmente del interés superior del menor, se modifican cuando éste se aplica a supuestos de expulsión de extranjeros menores (o extranjeros que eran menores en el momento de delinquir). Y es que, mientras que de manera general, el principio se infiltra hermenéuticamente en el conflicto jurisprudencial vía “finalidad constitucionalmente legítima” de la restricción iusfundamental, identificándola, de manera necesaria, con la protección del menor o de sus derechos; en el ámbito de la expulsión de menores, el principio se inserta hermenéuticamente en una fase más avanzada del juicio de proporcionalidad: la “necesidad” de la medida en una sociedad democrática. De manera que es legítimo, de acuerdo con la jurisprudencia europea, que por razones diversas a la protección del menor, concretamente, razones de orden público o seguridad nacional, se pueda expulsar al menor, interfiriendo de pleno en su derecho a la vida familiar.

Interpretar el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio a la luz del principio del interés superior del menor entraña importar al ámbito de aquél derecho, también cuando el mismo ejerce de límite a las expulsiones de

⁶⁹⁸ RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de los menores extranjeros...op.cit.*, pp. 165 y ss., donde alude principalmente a la STEDH *Maslov c. Austria*, de 23 de junio de 2008.

⁶⁹⁹ Cuestión ésta en la que la doctrina ha observado reiteradamente una actitud impredecible y zigzagueante del Tribunal de Estrasburgo: RUIZ LEGAZPI, A.: *La expulsión de los menores extranjeros. Límites constitucionales, op.cit.*, p. 155.

extranjeros, las consecuencias interpretativas adjudicadas con carácter general al principio del interés superior del menor, incluyendo la de convertir la protección del menor o de sus derechos, en la única finalidad convencionalmente legítima, en el contexto de la aplicación jurisprudencial del principio de proporcionalidad, para restringir los derechos de aquél. Razones de seguridad jurídica exigen una homologación en la argumentación del Tribunal Europeo respecto al interés superior del menor, máxime teniendo en cuenta que, si bien la argumentación utilizada en el ámbito de la expulsión es diferente a la desarrollada en otros ámbitos, especialmente el privado, el resultado al que se llega es parecido, pues cada vez es más difícil que el Tribunal considere legítima la expulsión de menores.

Por otro lado, la aplicación jurisprudencial del artículo 8 del Convenio, también podría, repercutir en el tratamiento de los menores no acompañados, desde la perspectiva del principio de preferencia de la crianza y desarrollo del menor en su familia de origen, que, como se expuso más arriba, el Tribunal de Estrasburgo considera integrado en el derecho a la vida familiar⁷⁰⁰.

Otra forma de protección, a los inmigrantes en general, y de forma más intensa a los menores, por su vulnerabilidad, y por obra del principio del interés superior del menor, es el artículo 3 del Convenio, relativo a la prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes. Amparándose en este precepto, la Corte Europea ha condenado expulsiones de menores a su país de origen realizadas sin garantía de que el menor retornado encontraría la protección necesaria a su regreso⁷⁰¹. Asimismo, ha entendido conculcado este derecho en casos en los que los menores inmigrantes, bien acompañados por su familia⁷⁰², o bien en situación de desamparo, han permanecido retenidos excesivo tiempo, o sin las condiciones adecuadas a su edad. Unas situaciones que también se han considerado lesivas del artículo 5 del Convenio, que prohíbe las detenciones ilegales⁷⁰³.

⁷⁰⁰ STEDH de 18 de junio de 2013, *caso R.M.S c. España*, párr. 89: “El TEDH estima que normalmente hay que considerar la asunción de la tutela de un niño como una medida provisional que ha de suspenderse en cuanto la situación se preste a ello y que todo acto de ejecución debe concordar con un fin último: reunir nuevamente al progenitor biológico con su hijo”.

⁷⁰¹ *Caso Mubilanžila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*.

⁷⁰² *Caso Muskhadzhibyeva y otros c. Bélgica*.

⁷⁰³ En el caso precitado, *Mubilanžila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*, se consideró que el Estado belga había detenido ilegalmente e infringido tratos inhumanos y degradantes a una menor de cinco años, por no haber brindado la protección efectiva frente al maltrato que como persona

Por último, el Tribunal va garantizando progresivamente el ejercicio de derechos sociales a los menores extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales⁷⁰⁴, al tiempo que dificulta cada vez más las diferencias en el disfrute de prestaciones públicas, basadas única y exclusivamente en la nacionalidad⁷⁰⁵. Aflora así una tendencia, un estándar europeo de protección, en favor de la igualdad de los menores en el disfrute de todo tipo de derechos, lo que supone uno de los pilares de la normalización constitucional del colectivo, en el que se asienta este trabajo.

extremadamente vulnerable (inmigrante no acompañada, de muy corta edad y en situación administrativa irregular) merecía.

⁷⁰⁴ En cuanto a la prohibición de hacer pagar a los menores inmigrantes en situación administrativa irregular por la educación secundaria: STEDH de 21 de junio de 2011, *caso PONOMARYOV contra BULGARIA*.

⁷⁰⁵ STEDH de 30 de septiembre de 2003, *caso Koua Poirrez v. Francia*.

III. REGLAS CONSTITUCIONALES DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: EL DIFÍCIL DESLINDE EN MATERIA DE MENORES NO ACOMPAÑADOS

1. Sobre las competencias que inciden en el tratamiento del colectivo.

El régimen jurídico aplicable a los menores no acompañados en España se configura por un cúmulo variopinto de normas, privadas y públicas; estatales, autonómicas y locales. La diversidad de entes territoriales intervinientes, y de títulos competenciales empleados, genera situaciones de confusión, que repercuten negativamente en la seguridad jurídica que rodea la regulación.

El tratamiento jurídico de los menores extranjeros solos constituye un “espacio” en el que concurren distintas competencias, a saber, “inmigración” y “legislación civil”, ambas estatales y de origen constitucional; y “protección del menor”, autonómica y estatutaria. Junto a estas competencias, cuyo ejercicio influye frontalmente en el tratamiento del colectivo, hay otras que también lo hacen, o podrían hacerlo, de manera significativa, aunque no tan directamente, como la de garantizar unas condiciones básicas de “igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (149.1.1 CE), reservada en exclusiva al Estado. Será también relevante la coordinación estatal de los diversos entes territoriales en el ámbito de las materias mencionadas. Asimismo, las competencias en educación, sanidad e integración, también inciden notablemente en el tratamiento de los menores no acompañados. Se abordarán a continuación los títulos competenciales más relevantes de entre los mencionados.

2. Competencias en materia de inmigración.

2.1. Deslinde de competencias estatales y autonómicas.

Según la Constitución, el Estado posee competencia exclusiva sobre las materias de inmigración, extranjería y asilo (artículo 149.1.2). No obstante, debido a la evolución del proceso de descentralización, así como al cambio de realidad social provocado por el fenómeno de la inmigración (prácticamente inexistente en 1978), la interpretación de dicha disposición constitucional se ha matizado y flexibilizado. En este sentido, las Comunidades Autónomas y las entidades locales han adquirido un rol cada vez más relevante en el tratamiento legal de los inmigrantes⁷⁰⁶, asumiendo, bien “sobre papel”, bien *de facto* –como a menudo ha sido el caso de las entidades locales- competencias que inciden en dicho tratamiento, hasta el punto en que el peso del Estado, si bien todavía preponderante⁷⁰⁷, ha quedado notablemente mermado respecto al que se le otorgaba en la interpretación primigenia del artículo 149.1.2 CE. De modo que la exégesis del precepto ha transitado desde una comprensión extensiva de la materia competencial que regula, hasta una interpretación estricta de la misma⁷⁰⁸, en virtud de la cual la exclusividad competencial del Estado recaerá sobre el denominado “núcleo duro de la inmigración”, que tradicionalmente ha incluido la normativa de entrada y expulsión de inmigrantes, las infracciones de dicha normativa y sanciones correspondientes, los permisos de residencia y trabajo (con matices que a continuación se referirán) y los derechos de los extranjeros⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ AJA, E., MONTILLA, J. A., y ROIG, E.: *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Tirant lo Blanch- Institut de Dret Public, Valencia, 2006. GARCÍA ROCA, J.: “Inmigración, integración social de los extranjeros, y concurrencia de competencias territoriales”, *op.cit.*

⁷⁰⁷ Como indica David MOYA, la competencia estatal sobre inmigración no sólo se construye sobre la base del 149.1.2, sino que se refuerza con otros títulos que afectan directamente a la materia en cuestión, como son el relativo a la legislación laboral (149.1.7 CE), o a las inscripciones y funcionamiento del Registro Civil (149.1.8) o al régimen común de derechos (149.1.1 CE). En: “La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009”, en MOYA, D.; AGUELO NAVARRO, P.; y presentación y coordinación VIDAL FUEYO, M^a del C.: *La reforma de la Ley orgánica de extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 15-69, p. 21.

⁷⁰⁸ GARCÍA ROCA, J.: “Inmigración, integración social de los extranjeros... *op.cit.*”, pp. 62-63.

⁷⁰⁹ *Idem*, pp. 64 y 65.

Los nuevos Estatutos de Autonomía, en mayor o menor medida, asumen competencias sobre materias que, según la exégesis original del 149.1.2 CE, recaían bajo el título de “inmigración” y, por tanto, correspondían en exclusiva al Estado, como son: la primera acogida de los inmigrantes⁷¹⁰, su integración⁷¹¹ y participación⁷¹², y la competencia ejecutiva en autorizaciones de trabajo⁷¹³, sin perjuicio todo esto de la participación preceptiva previa que las Comunidades Autónomas tienen en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros⁷¹⁴.

La última reforma de la Ley de Extranjería ha pretendido reflejar esta realidad, al atribuir al “Gobierno” (sorprendentemente no al “Estado”) “la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales”⁷¹⁵. La Ley también regula las *Conferencias Sectoriales de*

⁷¹⁰ Asumida en exclusiva por Cataluña (art. 138.1.a) de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña) y por Castilla y León (art. 70.1.12 LO 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Castilla y León).

⁷¹¹ Asumida por Cataluña (138.1.c) del Estatuto de Autonomía de Cataluña), Andalucía (62.1.a) de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía), y en exclusiva por Extremadura (art. 9.1.28 de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura), Castilla y León (art. 70.1.12 Estatuto de Autonomía de Castilla y León), Islas Baleares (“integración social y económica”, art. 30.49 de la LO 2/1983, Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares), y Aragón como competencia compartida con el Estado (artículo 75.6 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón).

⁷¹² Asumida por Cataluña (138.1.c) del Estatuto de Autonomía de Cataluña), Andalucía (62.1.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía), y en exclusiva por Extremadura (“participación social, cultural, económica y laboral de los inmigrantes, en colaboración con el Estado”, art. 9.1.28 del Estatuto de Autonomía de Extremadura).

⁷¹³ Asumida por Cataluña (138.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña) y Andalucía (62.1.b) del Estatuto de Autonomía de Andalucía).

⁷¹⁴ Artículo 39.2 LODYLE: “El procedimiento de concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes. En la gestión del mismo se actuará coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial”. Artículo 138.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; artículo 62.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía; artículo 75.6 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

⁷¹⁵ Artículo 2 bis, apartado 1º. Es un precepto que, como ya se ha indicado por la doctrina, pretendiendo clarificar, arroja más humo al complicado deslinde competencial en esta materia. En primer lugar, como apunta David MOYA, habla de “Gobierno” en lugar de “Estado”, atribución que según el autor, debe entenderse hecha a tal sujeto (el Gobierno), “pero siempre en el marco de la propia ley”. En segundo lugar, la expresión “sin perjuicio” para abrir la veda a la intervención autonómica y local, incrementa la indeterminación con respecto a los límites de su actuación. En: “La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009”, *op.cit.*, pp. 18-22.

Inmigración como mecanismo de coordinación de las actuaciones de todas las Administraciones Públicas intervinientes en la materia (artículo 68).

Sin perjuicio de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección del menor, que recae, por tanto, sobre los menores no acompañados, y al margen de la necesaria colaboración que al Estado, como principal competente en materia de inmigración, deben brindar, aquéllas también han adquirido determinadas competencias que, si bien materialmente están dirigidas a la protección del menor, colindan íntima, y a veces, insolublemente, con el ámbito migratorio. Por ejemplo, en el marco de la acción exterior en materia de menores extranjeros, las Comunidades no sólo deberán ser informadas por el Estado cuando éste celebre tratados internacionales de colaboración con países de origen⁷¹⁶, sino que también podrán celebrar acuerdos⁷¹⁷ con dichos países de origen, destinados a promover que la protección debida al menor desamparado se realice en el territorio de aquéllos⁷¹⁸. Al auspiciar la existencia de servicios de protección en el país de origen se pretende, por una parte, evitar la inmigración irregular, y, por otra, facilitar el cumplimiento de uno de los requisitos necesarios para efectuar repatriaciones: que exista un servicio adecuado que acoja a los menores, por lo que indirectamente son éstas las que se promueven⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Artículo 35.1 LODYLE: “El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales acuerdos”. Tres acuerdos bilaterales de colaboración han sido ratificados hasta el momento por España en materia de menores no acompañados, con Rumania, Senegal y Marruecos.

⁷¹⁷ Según M^a Asunción ASÍN CABRERA, dichos acuerdos son de carácter no normativo, por lo que no están sujetos al Derecho Internacional. “La protección jurídica de los menores inmigrantes... *op.cit.*, p. 255. Esta afirmación parece lógica: la facultad de concluir Tratados Internacionales se considera inmersa en el núcleo duro del título competencial 149.1.3 CE, que recoge las “relaciones internacionales” como una competencia exclusiva del Estado; sin embargo, los acuerdos no sometidos a Derecho Internacional (que por tanto no conlleven responsabilidad internacional para el Estado), se han considerado inmersos en el espectro amplio de las relaciones internacionales, que la hermenéutica constitucional ha ido desgajando del 149.1.3 CE. En esta línea: RUIZ ROBLEDO, A.: “La actividad exterior de las CCAA en el segundo Estado autonómico”, en *Revista de Derecho Político*, año 2008, nº 71-72.

⁷¹⁸ Artículo 35.2 LODYLE: “Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos”.

⁷¹⁹ La prensa se ha hecho eco de los proyectos autonómicos existentes en este sentido: EL PAÍS: *La Junta duplica los centros de menores en Marruecos*, 1 de octubre de 2009:

Además, los servicios autonómicos de protección del menor participan de forma importante en el procedimiento de repatriación. Si bien ésta se presenta como medida de protección del menor (con la que se busca la realización de su interés superior y con el objetivo prioritario de la reagrupación familiar), se regula como si se tratara de un asunto de extranjería, de manera que es el Estado, mediante la Delegación o Subdelegación de Gobierno, el competente en repatriaciones, siguiendo el procedimiento estipulado en la legislación de extranjería⁷²⁰. No obstante, los servicios autonómicos de protección de menores deben colaborar, sobre todo en lo que respecta a la provisión de información sobre el menor, su familia, y sus circunstancias de origen, lo que será esencial para resolver el procedimiento (artículo 193.2 RE). En la ejecución de la repatriación, el menor deberá estar acompañado por personal del servicio de protección autonómico.

Por otro lado, en el ámbito de la integración de inmigrantes, las Comunidades Autónomas son conminadas a propiciar la inserción laboral del joven extranjero una vez alcance la mayoría de edad⁷²¹. Asimismo, también en el tránsito a la mayoría de edad, y como testigos privilegiados de su arraigo e integración en la sociedad, poseen una influencia notable en la regularización del extranjero⁷²².

Como se puede deducir de lo expuesto, la Ley de Extranjería deslinda competencias en materia de inmigración entre los distintos entes territoriales⁷²³, al tiempo que deslinda la inmigración de otras materias, como la protección del menor. En principio queda estructurada la actuación conforme a los títulos competenciales de cada ente. No obstante, y partiendo de que, a diferencia de la expulsión, que es una sanción administrativa que en última instancia persigue la

http://elpais.com/diario/2009/10/01/andalucia/1254349328_850215.html; DIARIO DE SEVILLA: *La Junta retoma los centros de menores en Marruecos*, 8 de octubre de 2012: <http://www.diariodesevilla.es/article/andalucia/1370243/la/junta/retoma/los/centros/menores/marruecos.html>

⁷²⁰ La Ley de Extranjería y su Reglamento, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, tras su reforma por la LO 2/2009.

⁷²¹ Artículo 35.9 de la Ley de Extranjería: “Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad”.

⁷²² Ver artículos 197 y 198 del Reglamento de Extranjería.

⁷²³ Lo hace a pesar de no gozar de una habilitación constitucional expresa para ello, algo que según GARCÍA ROCA, sería muy conveniente en términos de legitimidad democrática y de seguridad jurídica. “Inmigración, integración social de los extranjeros, y concurrencia de competencias territoriales”, *op.cit.*, p. 68.

regulación ordenada de los flujos migratorios, la repatriación de menores se configura en nuestro Derecho como medida de protección de los mismos, ¿no deberían ser los entes a quienes corresponde la protección del menor, es decir, las Comunidades Autónomas, las competentes de tales repatriaciones? Esta cuestión se analizará en el último apartado de este capítulo.

2.2. La progresiva intervención de los municipios.

Las reglas del juego para la creación de competencias municipales consisten en la atribución específica realizada por la *Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*⁷²⁴ (en adelante, LBRL), o las legislaciones sectoriales, así como las delegaciones hechas por el Estado, las Comunidades Autónomas u otros entes locales, que mantendrán la titularidad de la competencia y ejercerán facultades de control sobre el ejercicio que la entidad local realice de la misma⁷²⁵. Por último, no ha de perderse de vista la cláusula genérica que habilita a los municipios a actuar para satisfacer necesidades vecinales o/y en asuntos de su directo interés⁷²⁶, por más que esta competencia

⁷²⁴ Ley 7/1985, de 2 de abril, *Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Las competencias y servicios que deberán desarrollar los municipios aparecen básicamente en los artículos 25 y 26.

⁷²⁵ Artículo 27 LBRL: “1. La Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y otras entidades locales podrán delegar en los Municipios el ejercicio de competencias en materias que afecten a sus intereses propios, siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana. La disposición o el acuerdo de delegación debe determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de ésta, así como el control que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que esta transfiera”. Asimismo, el Estado y las Comunidades Autónomas pueden delegar competencias en las Diputaciones provinciales (art. 37 LBRL).

⁷²⁶ Artículo 2.1. LBRL: “Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”. Art. 25.1 LBRL: “El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. GARCÍA ROCA habla de la “tradicional capacidad o competencia universal (art. 25.1), o mejor dicho, residual, de los Municipios, ligada a satisfacer cualesquiera necesidades reales de las comunidades de vecinos no provistas por otras entidades”, en “Inmigración, integración social de los extranjeros, y concurrencia de competencias territoriales”, *op.cit.*, p. 70.

universal haya sido cercenada por la nueva Ley en materia de Administración local⁷²⁷.

La LBRL de 1985 no atribuye a los entes locales competencias en materia de inmigración. No obstante, la necesidad de los municipios, como gestores inmediatos de la convivencia vecinal, de buscar y mantener la paz social en los contextos migratorios novedosos que se presentaron sobre todo durante el último quinquenio de los noventa y buena parte de los 2000, desembocaron en una intensa actuación local en materia de **integración de los inmigrantes**, y en un creciente desfase entre el desempeño municipal efectivo y el deficiente reflejo normativo- y por consiguiente, presupuestario- del mismo⁷²⁸.

Por otra parte, a pesar de no ser conceptos del todo coincidentes⁷²⁹, parte de las actuaciones municipales en materia de integración y acogida de los inmigrantes podrían subsumirse en el título competencial de **servicios sociales**. En este sentido, la LBRL obliga a las Comunidades Autónomas, como legisladoras en la materia, a atribuir alguna competencia a los municipios sobre la misma, en los términos que estimen conveniente (artículo 25. 2. k LBRL). Seguidamente, la misma Ley contempla como obligatoria la prestación de tales servicios en - y por - los municipios que sobrepasen los 20.000 habitantes (artículo 26.1.c LBRL).

Además, las actuaciones municipales en materia de integración y acogida de los inmigrantes pueden ampararse en la válvula de escape del sistema competencial local, el referido precepto 25.1 LBRL, dado el patente interés de los municipios en procurar la integración de los nuevos vecinos y evitar la conflictividad social. Por

⁷²⁷ Ley 27/2013, de 27 de diciembre, *de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*.

⁷²⁸ GARCÍA ROCA habla de una “competencia casi de hecho”, de los entes locales en materia de integración, “una situación de hecho que debe revertir al Derecho”, en “Inmigración, integración social de los extranjeros, y concurrencia de competencias territoriales”, *op.cit.*, pp. 70 y 71.

⁷²⁹ Eliseo AJA habla de dos conceptos de integración, el restringido, y el amplio. “En sentido estricto, la integración atiende a la situación de diversidad de [...] identidades y culturas, para evitar que la diferencia suscite rechazo y lograr que sea aceptada en la convivencia social”. El concepto amplio se vincularía con cualquier norma que regule “el control de flujos y el estatuto del extranjero”, normas que pueden influir en la posición más o menos favorable del inmigrante, y por consiguiente, en su integración. Según el autor, la Ley de Extranjería define integración (2 ter) siguiendo el primer concepto, y parece identificar las tres vías principales de la integración en España: escolarización para los niños, acceso al empleo para los trabajadores y aprendizaje de las lenguas, para todos. En “La integración social de los inmigrantes”, en BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F.J; MOYA MALAPEIRA, D. (Coord.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Institut de Dret Public- Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp.25-43, pp. 32-33.

otra parte, algunas de las competencias que esta Ley atribuye a los municipios tienen una incidencia determinante en la integración de los inmigrantes, como aquéllas sobre el uso de espacios públicos, vivienda, promoción laboral, o la gestión del padrón municipal⁷³⁰.

El vago reconocimiento competencial ha sido parcialmente paliado por la Ley de Extranjería (tras su reforma de 2009), identificando la integración como un objetivo que todas las Administraciones públicas deberán incorporar de forma transversal a las políticas y servicios que desarrollen, resaltando la necesidad de cooperación entre Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales en su cumplimiento, y mencionando varios mecanismos para lograr dicha cooperación, como el *Plan estratégico plurianual* que, por cierto, deberá incluir entre sus objetivos “atender a la **integración de los menores extranjeros no acompañados**”⁷³¹.

La Ley de Extranjería también atribuye a los municipios la competencia de emitir dos informes que influyen frontalmente en la integración del inmigrante, a saber, el informe sobre la adecuación de la vivienda a los efectos de reagrupación familiar (artículo 18.2), y el informe sobre integración social para la concesión de residencia por arraigo (artículo 68.2).

Por otra parte, mediante ley, las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de integración y primera acogida, como legisladoras sectoriales, podrían a su vez delegar en los municipios, o bien atribuirles competencia para actuar en éste ámbito. Esto último es lo que hace el Estatuto de Autonomía de Cataluña⁷³², y sobre todo la *Ley catalana de acogida*, que atribuye a los municipios competencia en primera acogida de inmigrantes, cohesión social, integración, y coordinación de entidades públicas y privadas intervinientes, entre otras⁷³³.

⁷³⁰ Eliseo AJA (“La integración social de los inmigrantes”, *op.cit.*, p. 36) explica que los Ayuntamientos, a pesar de tener competencias importantes en materia de integración, no intervienen “en virtud de una competencia específica, sino como autoridad más próxima a los vecinos, que ha de prestar unos servicios sociales mínimos”.

⁷³¹ Artículo 2 *ter* de la Ley de Extranjería.

⁷³² Artículo 84.2: “Los gobiernos locales de Cataluña tienen en todo caso competencias propias sobre las siguientes materias en los términos que determinen las Leyes:[...] m) La regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes”.

⁷³³ Artículo 21.2 de la Ley 10/2010, del 7 de mayo, *de acogida a las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña*: “Otras competencias de los municipios son: a) El fomento de las políticas necesarias y la

Sin embargo, en este aspecto, como en otros relacionados con la distribución competencial en materia de inmigración, la asimetría domina el panorama: el resto de Comunidades con competencia en integración de inmigrantes (Andalucía, Castilla y León, Extremadura, Islas Baleares y Aragón) no realizan atribuciones ni delegaciones competenciales expresas a sus respectivos municipios.

Los mismos municipios, conscientes de las crecientes competencias que *de facto* ejercen en materia de integración, y del desfase entre éstas y su reconocimiento normativo y presupuestario, han buscado mecanismos para aminorar esta incongruencia, así como para coordinar y armonizar sus actuaciones en este ámbito, entre los que se encuentra la *Comisión de Integración y Cohesión Social*⁷³⁴. Asimismo, las entidades locales, incluidos los municipios, participan en varios mecanismos de coordinación entre todas las Administraciones Públicas que intervienen en materia de integración de los inmigrantes, como el *Consejo Superior de Política de Inmigración*⁷³⁵, o en la calidad de observadores, en las *Conferencias Sectoriales de Inmigración*.

Por último, los tradicionales problemas de financiación de las entidades locales se han agravado drásticamente en los últimos años, debido a la crisis económica. Por ejemplo, la partida presupuestaria del *Fondo Estatal para la Integración*, que se empleaba para la financiación de aquéllas, está suspendida desde 2012.

prestación de los servicios necesarios para garantizar la cohesión social de la población y la acogida e integración de los extranjeros inmigrados, los solicitantes de asilo, los refugiados, los apátridas y los regresados. b) La coordinación de la actividad de las entidades públicas y privadas que, en su ámbito competencial, cuentan con responsabilidades de acogida e integración, mediante mecanismos de fomento de la participación u otros que se consideren adecuados. c) La participación en la elaboración de los planes y programas a que se refiere la letra a del artículo 22.1.d) La promoción de la participación de los inmigrados y los regresados”.

⁷³⁴ Constituida en el seno de la *Federación Española de Municipios y Provincias* (FEMP) en enero de 2012, con el objetivo de lograr un mayor reconocimiento de las Corporaciones Locales en los procesos de integración de inmigrantes, así como de conseguir que se amplíe la asignación financiera que estas reciben para esa causa. Asimismo, potenciará líneas específicas de actuación y acciones de mejora en las diferentes funciones que desarrollan los municipios en materia de inmigración. La FEMP también ha habilitado el Área de “Integración y Cohesión Social” con el objetivo de poner en común los principios de actuación y los modelos de gestión en materia de inmigración de las Entidades Locales.

⁷³⁵ Es un órgano colegiado de cooperación, adscrito orgánicamente al Ministerio del Interior, y de composición tripartita y equilibrada entre las Administraciones nacional, autonómica y local.

3. Competencias en materia de protección del menor.

3.1. Introducción.

Una panorámica completa del tratamiento legal de los menores no acompañados desde el punto de vista competencial exige que, tras abordar las competencias sobre dicho colectivo desde la perspectiva de la inmigración, se analice la cuestión desde el prisma de la protección del menor. La confluencia de ambas perspectivas terminará de desvelar cuáles son los entes competentes, y qué es lo que cada uno hace, en el concreto tratamiento que recibirá el colectivo.

Las normas que conforman el sistema de protección de menores en sentido estricto, de naturaleza básicamente civil y administrativa, emanan de diversos entes territoriales de poder. Una mejor comprensión del sistema exige atender a su evolución cronológica, marcada por el discurrir en una doble tensión, a saber, por un lado, Derecho Público *versus* Derecho Privado, y por otro, autonomía territorial *versus* unidad e igualdad como límites a la misma⁷³⁶. En esta doble tensión, mientras las instituciones jurídico-privadas de protección, por ser en su mayoría competencia estatal, auspician la unidad y la igualdad -como límites a la autonomía-; la faceta “pública” de la protección del menor recae- al menos formalmente- en manos de las Comunidades Autónomas, siendo éste uno de los ámbitos en los que las mismas ejercen su autogobierno, dando lugar, inevitablemente, a regulaciones diversas. No obstante, la línea divisoria entre lo público y lo privado es especialmente difusa en materia de protección de menores.

De forma preliminar al análisis del sistema de protección de menores español desde una perspectiva competencial, ha de justificarse su aplicación, también desde una perspectiva competencial, pero de alcance internacional, al colectivo objeto de estudio, el de los menores extranjeros.

⁷³⁶ Sobre la tensión entre autonomía y unidad en esta materia: MARTÍNEZ GARCÍA, C.: “La protección de menores en el Estado autonómico. Introducción”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, *op.cit.*, pp. 19-33.

3.2. Competencia internacional de España.

Con respecto a la competencia internacional del Estado español para proteger a los menores extranjeros, conviene comenzar revisando las reglas generales de Derecho Internacional Privado en materia de protección del menor, recogidas en el artículo 9 C.C. De su apartado 6 se infieren dos posibles escenarios: que se trate de un menor o incapaz con familia en España, o que se trate de un menor desamparado.

En el primer supuesto, será la ley personal (de la nacionalidad) del menor la que regule la filiación y las relaciones paterno filiales del mismo⁷³⁷, así como las instituciones tradicionales civiles de protección⁷³⁸. No obstante, como complemento de lo anterior se establece que “las medidas provisionales o urgentes de protección”, entre las que se encuentran la tutela y la guarda administrativas, “se regirán por la ley de su residencia habitual”⁷³⁹. De este modo, la norma traza una línea divisoria entre las instituciones privadas de protección del menor, y las públicas, asignando las primeras a la ley personal y las segundas, a la territorial.

Sin embargo, en el segundo escenario planteado, que es el del menor extranjero no acompañado, que se encuentra en territorio español en situación de desamparo, el sistema de protección de menores español se desplegará en toda su envergadura, pública y privada, como lo constata el aludido precepto del Código Civil⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Art. 9.4 CC: “El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”.

⁷³⁸ Artículo 9.6 C.C: “La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la Ley nacional de éste [...]”. Antonia DURÁN AYAGO incluye a las instituciones tradicionales jurídico-privadas de protección, es decir, patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial y guarda de hecho, en el denominado “modelo institucional” de protección de menores. Son estas “instituciones que se incardinan dentro del denominado estatuto personal, y que, por tanto, en nuestro sistema autónomo de Derecho Internacional Privado, se regulan por la ley nacional de la persona en cuestión [...] en contraposición a las medidas de protección del modelo asistencial, cuyos rasgos característicos se apartan notablemente de las instituciones tradicionales de protección” en *La protección internacional del menor desamparado...op.cit.*, párr. 39.

⁷³⁹ El artículo 9.6 C.C continúa: “[...] Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual. Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas, se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española [...]”

⁷⁴⁰ Artículo 9.6 *in fine*: “[...] Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio

Con respecto a dicho precepto ha de puntualizarse, en primer lugar, que la utilización por el mismo del término “abandonados” en lugar de “desamparados” es una reminiscencia del concepto de “abandono” como predecesor del “desamparo”.

Asimismo, cabe puntualizar que la tutela y la guarda administrativas asumidas por las autoridades españolas no rescinden la patria potestad o tutela ordinaria, sino que tan sólo suspenden sus efectos. Sin embargo, como aquéllas medidas son de carácter provisional, lo preferente es que se proceda a buscar una solución duradera, que puede pasar por la reagrupación con su familia, o no, en cuyo caso el juez español, conforme a la ley española, puede adoptar medidas, como la adopción, o la constitución de una tutela ordinaria, desplazando a la ley nacional del menor.

3.3. Competencias estatales.

La actuación estatal en el ámbito de protección de menores se ciñó inicialmente a lo que se aludió en el primer capítulo como el sistema de protección en sentido estricto. Éste se plasma en leyes civiles (especialmente el Código Civil y algunos preceptos de la Ley del Menor), y se subsume principalmente en el título competencial de “legislación civil”, que la Constitución atribuye en exclusiva al Estado, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (artículo 149.1.8 CE). Como ya se expuso en el primer capítulo, aquel sistema está constituido por una serie de instituciones de carácter jurídico-privado (patria potestad, tutela, curatela, guarda de hecho, defensor judicial y adopción), enclavadas tradicionalmente en el Derecho de Familia (títulos VII y X del CC), y otras instituciones que, si bien están también incluidas en leyes civiles, poseen naturaleza administrativo-asistencial, como la tutela y guarda administrativa (artículo 172 CC).

Sin embargo, el concepto estricto de protección acogido originariamente por el Estado se ve desbordado con la aprobación de la más relevante norma estatal en

español”. La doctrina considera la tutela automática de la Administración para el menor desamparado como una medida de protección de las mencionadas en este artículo. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B.: *El desamparo y la protección de los inmigrantes*, *op.cit.*, p. 117. DURÁN AYAGO, A.: *La protección internacional del menor desamparado...* *op.cit.*, p. 221.

la materia, la Ley del Menor, que asigna a la protección un cariz integral y transversal⁷⁴¹, resultante de añadir, como se dijo más arriba, al sistema estricto de protección, la obligación de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos del menor, lo que abarca distintos sectores del ordenamiento jurídico⁷⁴². Este entendimiento de la protección del menor, que es también asumido por las Comunidades Autónomas, conlleva un mayor despliegue competencial, abarcando competencias estatales y autonómicas. Entre las primeras, la Ley del Menor invoca las de “legislación civil” (artículo 149.1.8 CE) (salvaguardando en este sentido “las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o especial propio, para las que la Ley se declara subsidiaria”)⁷⁴³, “legislación procesal” (artículo 149.1.6 CE) y “administración de justicia” (artículo 149.1.5 CE)⁷⁴⁴. No obstante, la Ley también legisla, de forma supletoria a lo dispuesto por las Comunidades Autónomas, en materia de asistencia social⁷⁴⁵, y este es, como se verá más abajo, su punto más polémico desde el punto de vista de la legitimidad democrática y la distribución competencial.

⁷⁴¹ Como explica Julieta MORENO-TORRES, “desde un punto de vista amplio del Derecho [...] la protección del menor implica el estudio de la alternativa jurídica más adecuada para cada menor en cada etapa de su vida, dando respuesta a las distintas situaciones jurídicas que se pueden plantear en torno al mismo”, en *La seguridad jurídica...op.cit.*, p. 27. La autora define sistema de protección de menores como “aquel conjunto de medidas jurídicas, sociales, educativas, pedagógicas, etc., dirigidas a obtener su desarrollo integral, con respeto a los principios integradores del Derecho de Menores, dentro de un Estado determinado y conforme a los parámetros culturales del mismo, así como el sistema de recursos materiales y técnicos que tiene por objeto procurar la protección del menor” (p. 187).

⁷⁴² En la Exposición de Motivos de la Ley se detalla que “su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general”, así como que “no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”.

⁷⁴³ Disposición final vigésimo cuarta: “3. Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial”.

⁷⁴⁴ Disposición final vigésimo cuarta: “2. El artículo 10, en su apartado 3, el artículo 21, en su apartado 4, el artículo 23, las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, la disposición transitoria única y las disposiciones finales decimonovena y vigésima, se dictan al amparo del artículo 149.1.2, 5 y 6 de la Constitución”.

⁷⁴⁵ Disposición final vigésimo cuarta: “1. El artículo 5, en sus apartados 3 y 4; el artículo 7 en su apartado 1; el artículo 8, en su apartado 2 letra c); el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d); los artículos 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 en su apartado 2, 21 en sus apartados 1, 2 y 3, y el artículo 22, son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social”.

3.4. Competencias autonómicas.

El sistema autonómico de protección de menores, ha sido desarrollado por las Comunidades Autónomas al amparo de diversos títulos competenciales. La Carta Magna no contempla la “protección de menores” entre las materias recogidas en sus artículos 148 y 149, pero los Estatutos de Autonomía han ido asumiendo competencia sobre la misma, al principio subsumiéndola bajo el título de “asistencia social” (artículo 148.1.20 CE)⁷⁴⁶, y posteriormente, reconociéndola como una sección de materia autónoma, sobre la que asumen competencia de forma exclusiva, bajo títulos como “instituciones públicas de protección y tutela de menores” o “protección y tutela de menores”⁷⁴⁷.

Pero dado que las Comunidades Autónomas se han acogido al concepto amplio o integral de protección, dotado de alcance transversal, similar al que subyace a la Ley del Menor⁷⁴⁸, requieren de competencias adicionales a la de

⁷⁴⁶ La Exposición de Motivos de la Ley 1/95, de 27 de enero, *de protección del menor* en Asturias dice, al referirse a la anterior ley-ya derogada- de servicios sociales en dicha Comunidad: “la Ley 5/1987, de 11 de abril, *de Servicios Sociales*, la cual, a la vez que procede a iniciar el desarrollo de diversos contenidos constitucionales relacionados con este campo, viene a considerar a la infancia, la adolescencia y la juventud como un servicio social de carácter especializado, en consonancia con el desarrollo de uno de los principios rectores de la política social contenidos en el capítulo III del título I de la Constitución, cual es el de la protección a la familia y a la infancia (artículo 39)”.

⁷⁴⁷ Algunos ejemplos de formas de designación de los títulos competenciales, son: en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, *de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*: “Servicios sociales, voluntariado, menores y familias” (artículo 61); en el Estatuto de Autonomía de Asturias: “Protección y tutela de menores” (artículo 10.1. 25); en la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, *de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón*: “Acción social, que comprende la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial” (artículo 71.34), y “Menores, que incluye la regulación del régimen de protección y tutela de los menores desamparados o en situación de riesgo” (artículo 71.39).

⁷⁴⁸ Según Clara MARTÍNEZ GARCÍA, tal concepto amplio de protección de menores que siguen las Comunidades Autónomas incluiría medidas de prevención, de paliación y de reinserción del menor en la sociedad y en su familia. “La protección de menores en el Estado autonómico. Introducción”, *op.cit.*, p. 22. Asimismo, tal y como expresa Isabel LÁZARO GONZALEZ, “la legislación autonómica sobre protección de menores pretende diseñar [...] un sistema público de protección integral del menor, para lo cual viene a establecer el marco jurídico de actuación de las Administraciones Públicas en dicha materia, actuación que, en ningún caso, pretende suplir la protección que a los menores se debe dispensar, originariamente, en el seno familiar y que es objeto de la materia civil, sino responder a la dimensión social del menor y concretar el correlativo deber de los poderes públicos de fomentar el bienestar de aquéllos, especialmente cuando se encuentran en situación de desprotección”, en *Los menores en el Derecho español*, *op.cit.*, pp. 61-62.

“protección del menor” para llevarla a cabo (sanidad, educación, etc.)⁷⁴⁹. Asimismo, conscientes del papel que ha de jugar también el Estado en la protección integral del menor, se incluyen en las legislaciones autonómicas cláusulas de cierre, que salvaguardan lo establecido por el Estado en otras materias que le corresponden y que potencialmente pueden presentar zonas de intersección con aquélla protección (“sin perjuicio de la legislación civil, procesal, y estatal”).

Las legislaciones autonómicas de protección, en virtud de su entendimiento generalista de este concepto, persiguen objetivos de carácter integral, como el bienestar general del menor, el libre desarrollo de su personalidad, y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales⁷⁵⁰. Ello se refleja en la estructura de dichas normas, que generalmente descansa sobre tres pilares: derechos del menor, prevención y protección, y ejecución de las medidas de reforma impuestas por los jueces de menores.

Se retornará ahora al sistema estricto de protección, de carácter híbrido, en el que a la protección civil tradicional del menor, se le añade un sistema público, que en parte descansa sobre conceptos de naturaleza administrativa agregados al Código Civil⁷⁵¹. Para entender las razones que llevaron a esta llamativa opción legislativa, es conveniente atender a la evolución acontecida en el deslinde competencial en materia de protección pública y privada del menor.

⁷⁴⁹ Por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, *de atención y protección a la infancia y a la adolescencia*, explica que “La ley se sitúa en el marco de las competencias que el Estatuto de Autonomía otorga a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia, entre otras, de sanidad, educación, policía, comercio interior, defensa de las personas consumidoras y usuarias y publicidad”.

⁷⁵⁰ Por ejemplo, en la Exposición de motivos Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, *de los derechos y protección del menor*, se habla del objetivo final “de proteger a los menores dada su vulnerabilidad, así como para el logro de un mayor nivel de bienestar de éstos en Andalucía”. Asimismo, en la Exposición de motivos Ley 17/2006, de 13 de noviembre, *integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia en las Illes Balears*, se establece que “se hace necesaria una norma de carácter integral que regule los derechos y obligaciones de las personas menores de edad y los mecanismos de actuación de los poderes públicos”.

⁷⁵¹ Como expresan Ana GUDE FERNÁNDEZ y M^a Begoña LÓPEZ PORTAS, “la concurrencia de normas autonómicas y estatales, civiles y administrativas sobre la protección de menores perfilan los parámetros competenciales autonómicos materializados en una serie de disposiciones normativas de carácter híbrido y no tan claro como la que requeriría la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos jóvenes” en “La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia”, *op.cit.*, p. 777.

3.5. Evolución normativa del deslinde competencial. Problemas que presenta.

Hasta la reforma operada en el Código Civil en 1987⁷⁵², existía una diáfana bifurcación en materia de protección del menor en nuestro ordenamiento jurídico: por una parte, estaban las clásicas **instituciones civiles de protección** (patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial), reguladas en el Código Civil. Por otra parte, se encontraba la **protección pública**, que antes de la Constitución ejercían los organismos públicos de protección de menores -la *Obra de Protección de Menores* (entidad estatal autónoma dependiente del Ministerio de Justicia), que integraba el *Consejo Superior de Menores*, las *Juntas Provinciales de Protección* y los *Tribunales Tutelares de Menores* (que pasaron posteriormente a integrarse en el poder judicial)⁷⁵³- y después de la Constitución, comienza a ser asumida por las Comunidades Autónomas bajo los títulos competenciales arriba mencionados. Asumen también las Comunidades la ejecución de las medidas adoptadas por los Tribunales Tutelares de Menores, que luego pasarán a ser las medidas adoptadas por los jueces de menores (cuya ejecución aún descansa en las autonomías)⁷⁵⁴.

No obstante, la reforma del Código Civil de 1987 conlleva, junto a otras modificaciones de calado, la sustitución del antiguo concepto de “abandono” por el actual concepto de “desamparo”, del que la ley hace derivar la tutela automática por parte de la Administración, introduciendo de este modo dicha institución – **tutela administrativa**-, junto a la guarda administrativa, en el Código Civil. Como consecuencia de esta modificación, que pretende armonizar las diversas normativas autonómicas existentes⁷⁵⁵, se centraliza en manos del Estado, bajo el paraguas competencial de “legislación civil”, la regulación del núcleo fundamental de la protección pública del menor.

⁷⁵² Mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*.

⁷⁵³ Esta dimensión pública de la protección de menores, de tintes esencialmente benéficos o caritativos, venía configurada en la Ley de 2 de julio de 1948 *de Protección de Menores* y Ley de 11 de junio de 1948 *de Tribunales Tutelares de Menores*, vigente en España hasta 1992.

⁷⁵⁴ Explican esta evolución: DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia...op.cit.*, p. 43; MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La seguridad jurídica...op.cit.*, p. 56.

⁷⁵⁵ DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia...op.cit.*, p. 45.

De esta forma, como indica DE PALMA DEL TESO, “en la medida en que el Código Civil ha configurado la tutela administrativa de los menores desamparados como una institución de Derecho Civil, las Comunidades Autónomas que no tienen competencia en esta materia, no han podido proceder a su regulación”⁷⁵⁶, es decir, sólo aquéllas que posean Derecho Foral o especial, y siempre que éste hubiera abordado normativamente (incluyendo normas de carácter consuetudinario⁷⁵⁷) instituciones de protección del menor, están legitimadas para desarrollar o modificar dichas instituciones y otras conexas. De otro modo, la regulación de la tutela y guarda administrativas permanecerá en manos del Estado.

De entre las Comunidades Autónomas que poseen Derechos Forales o especiales, a saber, País Vasco, Baleares, Valencia, Galicia, Navarra, Cataluña, Aragón, sólo las cuatro últimas han regulado instituciones de tutela de menores, por lo que serían éstas, al amparo de su competencia en materia de legislación civil, las únicas legitimadas a legislar sobre tutela y guarda administrativas. Mientras Cataluña ha plasmado parte de la protección del menor, incluyendo la tutela y la guarda administrativa, en su Código Civil, haciendo uso de su competencia en esta materia⁷⁵⁸; Aragón, si bien ha legislado al respecto, lo ha hecho al amparo de los títulos “protección de menores” y “asistencia social”. Por su parte, Navarra ha aunado todos los aspectos relacionados con la protección del menor en una ley foral aprobada al efecto⁷⁵⁹, que apela a varias competencias propias de la Comunidad Foral, entre ellas, la de protección del menor, asistencia social y legislación civil foral. Y por último, Galicia ha utilizado su competencia en Derecho civil foral para regular todo lo relativo al sistema de protección de menores⁷⁶⁰.

Los problemas derivados de incluir la tutela administrativa entre las instituciones civiles de protección del menor son ostensibles. Como se ha defendido con antelación, la naturaleza jurídica de esta figura se aleja de la tutela ordinaria (civil), asentándose en los dominios de la asistencia social o los servicios

⁷⁵⁶ *Idem*, p. 47.

⁷⁵⁷ STC 121/1992, de 28 de Septiembre, F.J. 1.

⁷⁵⁸ Ley 25/2010, de 29 de julio, *del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*. Otra parte de la protección del menor se recoge en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, *de los derechos y las oportunidades de la infancia*, haciendo uso de su competencia en protección del menor y asistencia social.

⁷⁵⁹ Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, *de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia*.

⁷⁶⁰ Ley 2/2006, de 14 de junio, *de Derecho Civil en Galicia*.

públicos de protección. Por consiguiente, la tutela administrativa debería ubicarse en el ámbito competencial de la protección pública del menor, asignada a las Comunidades Autónomas. En consecuencia, su inclusión en el Código Civil supone una invasión competencial por parte del Estado, desprovista de legitimidad constitucional. A ello se volverá al final de este capítulo.

La regulación de la tutela y la guarda administrativa en el Código Civil obligó a las Comunidades Autónomas a doblar la acción tutelar que desarrollaban en el marco de la asistencia social, a los preceptos armonizadores fijados por el Estado en aquella norma. No obstante, gracias al concepto amplio de protección del menor profesado por las Comunidades Autónomas, la intervención estatal vía “legislación civil” no vació de contenido la competencia autonómica en este sentido, si bien la redujo considerablemente, sobre todo en lo que respecta al sistema de protección del menor en sentido estricto, que el Estado casi ha copado, excepto por la regulación autonómica de determinadas instituciones, medidas y procedimientos, como el concepto de riesgo y las medidas de protección a él aparejadas; el procedimiento de desamparo, o la organización y características del acogimiento residencial.

No está de más apuntar que, en este conglomerado legislativo, mientras que la regulación del desamparo pertenece al Estado en el ejercicio de su competencia en materia de “legislación civil”, la regulación del riesgo recae bajo la competencia autonómica de asistencia social o protección del menor, lo que supone desgajar artificialmente dos fases de una misma realidad, dos eslabones de una misma escala.

Por último, también pretendiendo armonizar pero consiguiendo aumentar el caos, la Ley del Menor ha legislado sobre protección del menor, siguiendo, como ya se ha apuntado, una interpretación holística de este concepto. Desde una perspectiva competencial, la Ley está parcialmente legitimada con títulos como “legislación civil”, “procesal”, o “administración de justicia”. Sin embargo, la norma posee abundantes disposiciones de carácter supletorio respecto a la legislación autonómica en materia de asistencia social del menor⁷⁶¹. Si bien las Comunidades

⁷⁶¹ La Disposición Final Vigésimo Primera de la Ley del Menor establece que “El artículo 5, en sus apartados 3 y 4; el artículo 7 en su apartado 1; el artículo 8, en su apartado 2 letra c); el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d); los artículos 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 en su apartado 2, 21 en

han respetado voluntariamente los postulados de la ley en este sentido, la inconstitucionalidad de los preceptos que prevén esta supletoriedad es patente, dada la incontestable jurisprudencia constitucional según la cual el principio de supletoriedad no exime de la necesidad de contar con un título competencial específico para poder legislar, por lo que la calificación de normas como supletorias, por parte del mismo legislador, es contraria a la Constitución⁷⁶².

Por otra parte, las legislaciones autonómicas (excepto las que han regulado el tema al amparo de su Derecho Foral) han respetado, por obligación, los postulados del Código Civil y, “por devoción”, los de la Ley del Menor con vocación de supletoriedad. De ello ha resultado que el Estado, por diferentes vías, ha regulado una especie de bases del sistema de protección, que las autonomías han procedido a desarrollar y ejecutar.

3.6. Competencias locales.

De entre las competencias y políticas para los que los municipios están expresamente habilitados, es la antedicha competencia en **servicios sociales** la que mejor se adaptaría para legitimar la actuación municipal en materia de protección del menor. En base a la obligación de atribuir competencias en materia de servicios sociales a los entes locales (25.2.k LBRL), unas veces, y a las competencias asignadas a éstos en su calidad de legislador sectorial en materia de protección del menor, otras, las legislaciones autonómicas, en general, han conferido un peso significativo a los municipios en esta materia. No obstante, las competencias

sus apartados 1, 2 y 3, y el artículo 22, son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social”.

⁷⁶² La STC 61/1997, de 27 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley del Suelo, establece que “es evidente que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3, «in fine», C.E. La calificación como normas supletorias, pues, en coherencia con cuanto se ha dicho, es contraria al art. 149.3 C.E., «in fine», y al orden constitucional de competencias” (F.J. 12). Esta remite se remite a su vez a la STC 147/1991, según la cual se debe “considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas, las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas” (F.J. 7).

atribuidas por las Comunidades Autónomas en este ámbito varían notablemente en función del ánimo más o menos descentralizador de las mismas⁷⁶³.

Existen determinadas funciones de asistencia social a menores que, por la proximidad a éstos que su ejecución requiere, son comúnmente atribuidas a los entes locales por las legislaciones autonómicas, como por ejemplo la prevención y detección de situaciones de riesgo, la declaración de las mismas y posterior intervención para evitar la separación del menor de su familia; la reinserción familiar y social del menor; o la detección de situaciones de desamparo e intercambio de información sobre quienes en ésta se encuentren⁷⁶⁴.

Si a ello se le suman las competencias municipales en materia de inmigración, mencionadas más arriba, la conclusión es que sobre los entes locales recaen importantes funciones con respecto a los menores extranjeros no acompañados. Desde la intensa asistencia social de diferente cariz que debe brindarse a estas personas vulnerables, incluyendo los servicios de primera acogida; hasta la detección de las situaciones de desamparo, pasando por la necesaria facilitación de la integración (acciones formativas, aprendizaje del idioma, inserción educacional y/o laboral) y de la participación de los mismos en la sociedad receptora (fomento de asociaciones, etc.). Tal y como la Ley de Extranjería ordena, los distintos planes estratégicos plurianuales de integración de inmigrantes han abordado el tema específico de los menores no acompañados.

4. Régimen general de derechos ex artículo 149.1.1 CE. Coordinación y cooperación.

Además de los títulos competenciales sobre inmigración, legislación civil y protección de menores, existe una cuarta posibilidad de incidir legítimamente, y de forma relevante, en el estatuto jurídico del menor no acompañado: la regulación de las **condiciones básicas de igualdad en las posiciones jurídicas**

⁷⁶³ LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.): *Los menores en el Derecho español*, *op.cit.*, p. 95.

⁷⁶⁴ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección...**op.cit.*, pp. 66-67. MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA: “La protección de menores en el Estado...”*op.cit.*, p. 26.

fundamentales (artículo 149.1.1 CE⁷⁶⁵), que la Constitución atribuye en exclusiva al Estado.

Es este un precepto catalogado de difícil por la doctrina, ya que refleja como ningún otro la tensión generada por el binomio autonomía-igualdad en el ámbito de la distribución territorial del poder, binomio que ya se refleja desde el artículo 2 CE⁷⁶⁶. No obstante, el Tribunal Constitucional ha ido revelando claves para su interpretación. En primer lugar, ha aclarado que, en el marco competencial del Estado autonómico, la exigencia de igualdad no debe identificarse con una “rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento”, sino que puede ser compatible con una “distinta posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio”, fruto del poder legislativo de las Comunidades Autónomas, siempre que quede “a salvo la igualdad de condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales”⁷⁶⁷.

¿Y a qué se refiere el artículo 149.1.1 CE con la expresión “condiciones básicas”? El alto Tribunal ha aclarado que no tiene nada que ver con el binomio bases-desarrollo como técnica de distribución competencial, ni con el concepto de “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Tampoco es un precepto análogo al artículo 14 CE en el ámbito competencial; es decir, lo que pretende no es prohibir a las Comunidades Autónomas que realicen diferenciaciones no razonables. El precepto en cuestión constituye, en cambio, un título competencial autónomo que legitima al Estado a regular aquellas condiciones que constituyan requisitos imprescindibles para que un determinado derecho y/o deber constitucional (entendidos en sentido estricto), pueda ejercerse en condiciones de igualdad; pero sin adjudicar competencia alguna en la(s) materia(s) en las que dichos derechos quedan insertados. “El Estado”, como expresa el Tribunal, “tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones

⁷⁶⁵ Artículo 149.1.1 CE: [El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias]: “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”

⁷⁶⁶ TUDELA ARANDA, J.: “Aproximación a la caracterización jurisprudencial del artículo 149.1.1 de la Constitución española”, en MARTÍN RETORTILLO, S. (Coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1991, pp. 3477-3518, p. 3480.

⁷⁶⁷ STC 37/1981, de 16 de noviembre, F.J. 4.

jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara”. Y continúa: “dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...]; los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho [...] [y] los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho”⁷⁶⁸.

Con respecto al tratamiento de los menores no acompañados, dado que los títulos de “inmigración” y “legislación civil” corresponden al Estado, al igual que el 149.1.1 CE, habrá que atender a la principal competencia autonómica en esta materia, a saber, la protección pública del menor, para valorar la virtualidad que el título competencial en cuestión puede poseer en este campo.

En concreto, la cuestión a dilucidar sería, ¿hasta qué punto el Estado puede valerse del artículo 149.1.1 CE para establecer un mínimo denominador común en los sistemas autonómicos de protección de menores? Aplicando en este ámbito los criterios hermenéuticos que la jurisprudencia constitucional ha desgajado de aquél precepto, el Estado sólo podrá legislar al amparo del título de las “condiciones básicas” cuando, siendo “el aseguramiento de la igualdad entre españoles”⁷⁶⁹ la *ratio legis*, y respetando la lógica del principio de proporcionalidad⁷⁷⁰, se regulen “requisitos mínimos indispensables”⁷⁷¹ para el ejercicio de un determinado derecho fundamental por parte de los menores. Dado que la mayoría de las nuevas legislaciones autonómicas sobre protección de menores poseen catálogos de derechos (en una suerte de especificación del régimen general de los derechos fundamentales para el caso de que sea un menor quien los ejerza), el establecimiento de unas condiciones básicas de igualdad por parte del Estado deviene muy apropiado, siempre que haya un derecho fundamental constitucional

⁷⁶⁸ STC 61/1997, del 20 de marzo, F.J. 7 y 8.

⁷⁶⁹ STC 136/2006, de 27 de abril de 2006, F.J. 3. Es de entender que la interpretación de “españoles” como sujetos de derechos y deberes constitucionales ha de regirse por los mismos criterios extensivos que la del artículo 14 de la Constitución, cuando habla de “españoles”. Criterios de estricta literalidad no pueden llevar a una interpretación restrictiva contraria una interpretación teleológica y sistemática de la Carta Magna, e incluso contraria a la misma lógica constitucional.

⁷⁷⁰ *Ibidem*.

⁷⁷¹ *Ibidem*.

involucrado. Asimismo, el artículo 149.1.1 CE se podrá invocar para regular aspectos que, además de conformar los sistemas públicos de protección, afecten también de forma inmediata al ejercicio de un derecho fundamental del menor en condiciones de igualdad.

Pero es necesario que exista un derecho constitucional en sentido estricto involucrado para dar cabida a la intervención del Estado *ex* artículo 149.1.1 CE. La interpretación estricta de “derecho” en este precepto, que reiteradamente ha defendido el Tribunal Constitucional⁷⁷², cierra la puerta a la regulación estatal de las condiciones básicas de igualdad cuando de principios rectores se trate. No bastaría, pues, invocar el artículo 39 CE, piedra angular de la asistencia social de menores, para configurar, al amparo del artículo 149.1.1 CE, unos mínimos homogéneos de protección del menor, sino que habría que invocar estrictos derechos constitucionales del menor.

De este modo, y siempre que se respete dicho requisito, la vía de la regulación de las condiciones básicas se presenta como más idónea, legítima y respetuosa del orden competencial establecido en el bloque de constitucionalidad, que la previamente cuestionada técnica de la supletoriedad utilizada por el legislador estatal en demasiados preceptos de la Ley del Menor con el objetivo de armonizar las legislaciones autonómicas mediante el establecimiento de unos requisitos mínimos en la construcción del sistema público de protección⁷⁷³.

Asimismo, ante la existencia de diecisiete sistemas de protección del menor en el territorio español, surgiría la cuestión de si, además del cumplimiento de unas condiciones de igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales de los beneficiarios de dichos sistemas, sería necesaria también una **coordinación** entre los mismos. La respuesta, que es contundentemente afirmativa, se refuerza cuando

⁷⁷² STC 247/2007, de 12 de diciembre de 2007 (resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Valencia), F.J. 17.

⁷⁷³ En esta línea, Ángeles DE PALMA DEL TESO (*Administraciones Públicas...op.cit.*, pp. 54-55) alude a las observaciones del Comité de Derechos del Niño sobre España (Observaciones finales CRC/C/15/Add. 185, de 7 de junio de 2002 sobre el segundo Informe periódico presentado por España, el 12 de octubre de 1998), en las que este organismo se refería a la necesidad de establecer unos mínimos homogéneos en materia de protección del menor, que se deban respetar en todo el territorio español, así como mecanismos de coordinación entre los diferentes entes territoriales de poder para implementar las políticas y medidas de protección pública de menores.

los beneficiarios son extranjeros no acompañados, por la intensa movilidad inter-autonómica que les caracteriza.

No obstante, ¿puede el Estado coordinar la actuación de las Comunidades en materia de protección de menores? Para responder a esta cuestión se ha de atender en primer lugar al concepto mismo de “coordinación”, para luego ponerlo en conexión con el problema concreto. En palabras del alto Tribunal, “la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema”. Y consiste en “la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades [...] estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias⁷⁷⁴.

Sin embargo, para que el Estado pueda coordinar la actuación autonómica en una determinada materia, necesita una habilitación constitucional expresa⁷⁷⁵. Habilitación de la que carece con respecto a los sistemas autonómicos de protección de menores, por lo que en principio no puede ejercer funciones de coordinación general de tales sistemas. No obstante, sí cabe otro tipo de coordinación por parte del Estado, que es la que se desarrolla cuando éste posee competencias legislativas plenas en una determinada materia, correspondiendo únicamente la ejecución a las Comunidades Autónomas. En estos casos, el Estado, como ente normativo exclusivo, no puede desentenderse de la ejecución que de sus leyes hagan las entidades autonómicas⁷⁷⁶.

Por tanto, en materia de menores no acompañados, si bien el Estado no podría realizar una coordinación general en materia de “protección del menor” (dentro de la asistencia social), por carecer por completo de competencia para ello;

⁷⁷⁴ STC 32/1983, de 28 de abril de 1983, F.J. 2.

⁷⁷⁵ Dicha habilitación expresa existe en materias como la planificación general de la actividad económica -art. 149.1.13ª CE-, la investigación científica y técnica -149.1.15ª CE-, o la sanidad -149.1.16ª.

⁷⁷⁶ En la STC 104/1988, de 8 de junio de 1988 (F.J. 2), el Tribunal aclara que “[n]o puede reducirse ni confundirse las manifestaciones específicas de coordinación que aparecen en nuestra Constitución (arts. 149.1, 13, 15, 16, etc.) como competencia adicional a una competencia normativa limitada, con las funciones generales de coordinación que corresponden al Estado cuando sus competencias normativas son plenas, dado que aquél no puede desentenderse en absoluto de la ejecución autonómica de la legislación estatal”

sí podría realizar ciertas funciones de coordinación de la ejecución autonómica de determinadas normas por él aprobadas en materia de inmigración⁷⁷⁷ y de legislación civil⁷⁷⁸. Así, en estas materias cabrían “formas de intervención normativa que establezcan reglas que cumplan una función coordinadora de las Administraciones Autonómicas entre sí y el Estado”.

Sin perjuicio de todo ello, y sobre la base de la voluntariedad, las Comunidades Autónomas pueden establecer mecanismos de **cooperación y colaboración horizontal** con el Estado y entre ellas⁷⁷⁹, mediante un abanico de mecanismos, entre los que la jurisprudencia constitucional ha reconocido alto margen de discrecionalidad para elegir⁷⁸⁰ (convenios de cooperación, conferencias sectoriales, comisiones bilaterales de colaboración, reales decretos de traspasos, etc.)⁷⁸¹. En materia de protección del menor, los más relevantes son la *Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales*⁷⁸², la *Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia*⁷⁸³ y el *Observatorio de la Infancia*⁷⁸⁴.

⁷⁷⁷ Se requeriría coordinación, por ejemplo, con respecto a la ejecución de las autorizaciones de trabajo, en concreto las de los menores extranjeros no acompañados, para el caso de las Comunidades Autónomas que hayan asumido aquella competencia. No obstante, por ahora éstas no han ejercido dicha competencia.

⁷⁷⁸ Es necesaria la coordinación, por ejemplo, en cuestiones como el tratamiento en una Comunidad Autónoma de los menores ya tutelados por otra, tal y como señala el DEFENSOR DEL PUEBLO en su *Informe Anual a las Cortes Generales de 2008*, p. 384.

⁷⁷⁹ Aunque el principio de cooperación no se reconoce explícitamente en el texto constitucional, se considera intrínseco a la organización territorial del Estado contenida en el mismo. Además, se ha plasmado en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, *del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento Administrativo Común*, cuyo artículo 4 reza como sigue: “Principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas. 1. Las Administraciones Públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán: a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones c) Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias d) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias”. El precepto continúa concretando el modo en que la cooperación y asistencia pueden llevarse a cabo.

⁷⁸⁰ GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 643.

⁷⁸¹ Los artículos 5 y ss. de la Ley 30/92 desarrollan varios mecanismos de cooperación.

⁷⁸² Constituida el 20 de marzo de 1990. Según el artículo 3 de su Reglamento (aprobado el 26 de julio de ese mismo año y modificado el 23 de junio de 1997), la Conferencia es un órgano de encuentro y deliberación, que tiene como finalidad conseguir la máxima coherencia en la aplicación de las políticas sociales que ejercen la Administración General del Estado y las Comunidades.

⁷⁸³ Promovida, junto con las Comisiones Técnicas Interautonómicas, por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, para impulsar la cooperación entre los órganos directivos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de infancia.

La necesidad de coordinación, cooperación y colaboración de los diversos entes territoriales en materia de menores no acompañados, ha sido subrayada por el Comité de Derechos del Niño, que ha expresado, respecto a España, su “preocupación por la falta de un mecanismo de coordinación sobre los derechos del niño a nivel nacional”, y ha recomendado al Estado “que siga procurando mejorar el sistema de coordinación efectiva y adecuada en la administración central y entre las comunidades autónomas para aplicar políticas destinadas a la promoción y protección del niño, tal como ha recomendado anteriormente”⁷⁸⁵.

También la doctrina se ha hecho eco de tal necesidad. MORENO-TORRES ha resaltado la existencia de diferencias entre las distintas regulaciones autonómicas que, por su relevancia y entidad, podrían atentar contra la seguridad jurídica del menor o la igualdad básica en el ejercicio de sus derechos. Diferencias que son tanto de carácter formal, relativas a las regulaciones autonómicas del procedimiento administrativo de desamparo; o sustantivo, por ejemplo, respecto al concepto mismo de “desamparo” o de “familia”⁷⁸⁶.

5. Una propuesta en favor de la legitimidad y seguridad del sistema competencial.

El apartado de este capítulo dedicado a la evolución normativa del deslinde competencial en materia de protección del menor concluía con la constatación de que se había producido, por la vía de hecho, una especie de sistema de distribución **bases-desarrollo** en materia de protección del menor. Pues bien, razones de

⁷⁸⁴ Siguiendo la presentación que se hace en su propia página web, el Observatorio de la Infancia es un Grupo de trabajo creado por Acuerdo del Consejo de Ministros el 12 de mayo de 1999, que “se sustenta en un sistema de información centralizado y compartido con capacidad para vigilar y hacer seguimiento del bienestar y la calidad de vida de la población infantil y de las políticas públicas que afectan a la infancia, en relación a su desarrollo, implantación, y efectos de las mismas en dicha población. El propósito del Observatorio de la Infancia es el trabajo en red, desde una perspectiva de colaboración y coordinación intersectorial de todas las instituciones públicas y privadas, destinadas a la defensa y a la promoción de los derechos de la infancia”. En: <http://www.observatoriodelainfancia.msps.es/>

⁷⁸⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 55º periodo de sesiones, 13 de septiembre a 1º de octubre de 2010. *Observaciones Finales*: España.

⁷⁸⁶ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: *La Seguridad Jurídica en el Sistema de Protección...* op.cit. pp. 63 y ss. Otras diferencias puestas de relieve por la autora se refieren a los criterios de valoración de idoneidad de las familias acogedoras y adoptantes, a la diferencia de edad entre acogedores y menores, y a los derechos de los guardadores de hecho.

seguridad jurídica y legitimidad constitucional jugarían a favor de una reforma constitucional que, aunque fuera *a posteriori*, legitimara la distribución impuesta por el devenir de las cosas, de manera que la modalidad de deslinde competencial bases-desarrollo quedara explícitamente plasmada en el bloque de constitucionalidad en materia de protección de menores.

La reforma constitucional consistiría, por tanto, en contemplar expresamente la “protección de menores”, como materia competencial autónoma (desligada de la asistencia social), reservando al Estado las bases de su regulación. De esta forma, una hipotética ley de bases de protección del menor recogería los aspectos fundamentales en dicha materia, incluyendo, por tanto, lo relativo a la tutela y la guarda administrativa. Las Comunidades podrían desarrollar dichas bases, y ejecutar la regulación. La ley debería tener un capítulo dedicado a la protección específica de menores extranjeros no acompañados.

La implementación de esta propuesta resolvería simultáneamente dos problemas de invasión competencial del Estado sobre la competencia autonómica en la sección de materia de protección de menores. El primero, el que el Estado ocasiona al regular en el Código Civil las instituciones de tutela y guarda administrativa. El segundo, el que provoca la regulación estatal, en sede de inmigración, de medidas de protección específicas de los menores no acompañados. El ejemplo paradigmático en este sentido es lo que ocurre con la repatriación de menores, que, a pesar de considerarse en nuestro ordenamiento una medida de protección (a diferencia de la expulsión), es regulada y ejecutada por el Estado, al amparo de su competencia en materia de inmigración⁷⁸⁷. La puesta en marcha de la reforma que aquí se defiende, permitiría al Estado establecer unas bases homogéneas en la regulación del procedimiento administrativo de repatriación, y a las Comunidades, como entes competentes de la protección de menores, desarrollarlas legislativamente y ejecutarlas en interés del menor.

⁷⁸⁷ Al analizar el papel del *Comitato per i minori stranieri*, órgano competente para decidir sobre la repatriación del menor o su permanencia en Italia, Elena ROZZI concluye que el órgano que asuma tal competencia debería poseer funciones en materia de protección del menor, ser independiente del Gobierno, al menos de los Ministerios de Asuntos de Interior y de Exteriores, y tener representación a nivel local, para poder escuchar directamente la opinión del menor al respecto. En *The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention on the Rights of the Child*, Save the Children Italy, Rome, 2002.

Asimismo, esta reforma permitiría al Estado regular, en el capítulo que la hipotética ley dedicara a los menores no acompañados, aquéllos aspectos de las medidas específicas orientadas a su protección que condicionan sus derechos fundamentales, como es el caso, otra vez, de la repatriación, pero también del procedimiento de determinación de la edad. De este modo, el Estado no sólo cumpliría con la reserva de ley impuesta por el artículo 53.1 CE, sino que también podría garantizar las condiciones básicas de igualdad en las posiciones iusfundamentales de los menores no acompañados (artículo 149.1 CE).

Por último, la reforma que se propone resolvería también el mencionado problema de la ausencia de legitimación constitucional para coordinar la actuación autonómica en materia de protección del menor, en general, y de menores no acompañados, en particular.

IV. PROBLEMAS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS Y SU ADECUACIÓN A LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES.

“No tengo familia, ni amigos, ni novia, he venido a trabajar y no me dejan, y encima es muy difícil estudiar y hacer actividades en Ramadán y nadie me dice donde voy a vivir cuando salga de aquí. ¿En la calle?”⁷⁸⁸

1. Introducción.

En este capítulo se realizará una inmersión en el tratamiento jurídico sustantivo de los menores no acompañados en España, para detectar los problemas que presenta, tanto en la formulación misma de las disposiciones, como en su ejecución, así como en la resolución judicial de conflictos. La exposición de los problemas irá acompañada de un ensayo o propuesta de solución, para el que se empleará el bagaje teórico adquirido en los capítulos precedentes.

Lo que pretende este trabajo no es tanto aportar soluciones definitivas a dichos problemas, como brindar un método para abordarlos. Un método arraigado en cimientos constitucionales, firmes y dúctiles al mismo tiempo, que iluminarán el camino a seguir o la línea roja que no se ha de traspasar. Lo novedoso no es el método en sí, compuesto por las técnicas habitualmente empleadas para la resolución de conflictos de trascendencia constitucional, sino su extensión a una zona virgen en términos de constitucionalidad, en la que, hasta hace poco, el Derecho había considerado de mera legalidad problemas cuya naturaleza va más allá, por afectar, como enseguida se constatará, a derechos fundamentales y principios constitucionales. Ello ha provocado lesiones iusfundamentales y una gran inseguridad derivada de la aplicación desigual del Derecho. Este trabajo ha pretendido reconstruir el marco constitucional en el que buscar soluciones a los

⁷⁸⁸ Testimonio de Alioud, saharauí de 17 años. Recogido en *El País*, 30 de julio de 2007. http://elpais.com/diario/2007/07/30/espana/1185746411_850215.html

problemas que se presentan, y fundamentarlas. Y eso es lo que se pretende hacer a continuación.

Se atenderá para ello a los cuatro bloques temáticos aludidos en la introducción de este trabajo, donde se presentan los principales problemas de constitucionalidad, a saber, el protocolo de actuación inicial (identificación, determinación de la edad y puesta a disposición de los servicios de protección) (1), la repatriación (2), la documentación/regularización (3) y un cuarto, de carácter transversal, que es la cuestión de la representación independiente del menor no acompañado (4).

2. Protocolo de actuación inicial (identificación, determinación de la edad y puesta a disposición de los servicios de protección)

Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado localizan a un extranjero indocumentado y no acompañado, de indubitada minoría de edad, éste será inmediatamente puesto a disposición del servicio de protección de menores autonómico, informando inmediatamente al Ministerio Fiscal, e inscribiéndole en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

No obstante, cuando existan dudas sobre la minoría de edad del extranjero indocumentado localizado, y esta información no conste en el citado Registro, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de la edad⁷⁸⁹. Simultáneamente, informarán a los servicios de protección de menores, para que le preste, en su caso, la asistencia inmediata que requieran, así como al Delegado o Subdelegado del Gobierno.

La actuación debe ser idéntica cuando el menor es interceptado en frontera. Lo que ocurre en la práctica es que la Guardia Civil traspasa la custodia de las personas allí localizadas a la Policía Nacional, que separa a los presuntos menores e informa al Ministerio Fiscal, para que disponga las pruebas de determinación de la edad. El problema es que, si éstas arrojan el resultado de que el extranjero es mayor

⁷⁸⁹ Artículo 190.1 RE.

de edad, correspondería una devolución, no un procedimiento de expulsión⁷⁹⁰, con la consiguiente privación de las garantías insertas en este último procedimiento⁷⁹¹. Esta merma en las posibilidades de defensa, que juega en favor de la aplicación efectiva e inmediata de la devolución, es incongruente con la falibilidad de las pruebas de determinación de la edad (a la que a continuación se aludirá). Asimismo, la indefensión se agrava con la imposibilidad de recurrir el decreto de determinación de la edad emitido por el Ministerio Fiscal (lo que también se abordará enseguida). Por todo ello, le ley debería contemplar la especificidad que supone la presunta minoridad de los extranjeros interceptados, y obligar a incoar, tras la ruptura de la presunción producida por las pruebas, un procedimiento de expulsión en estos supuestos, nunca de devolución.

No obstante, la cuestión más compleja y espinosa de esta primera fase del tratamiento del menor extranjero solo es, sin duda, la determinación de su edad; no sólo por los cuantiosos problemas de constitucionalidad que presenta, sino por la enorme transcendencia que el resultado del procedimiento en cuestión posee en la vida de un inmigrante. Dicho resultado determina su tratamiento jurídico posterior, bien como menor, integrándolo en los servicios de protección correspondientes, o bien como extranjero indocumentado adulto, que se encontraría en situación administrativa irregular, a la que puede corresponder la expulsión.

No es de extrañar que el tema haya suscitado el interés de medios de comunicación⁷⁹², organismos e instituciones⁷⁹³, organizaciones⁷⁹⁴, y doctrina⁷⁹⁵,

⁷⁹⁰ De acuerdo con el artículo 58.3 de la Ley de Extranjería y el artículo 23 de su Reglamento, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución de “[l]os extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”. Sostiene el DEFENSOR DEL PUEBLO (*¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2011, p. 124), que la situación jurídica de privación de libertad del interesado mientras se realiza las pruebas de determinación de la edad, “se podrá transformar, en la práctica, en el caso de que sea decretada su mayoría de edad mediante el decreto del fiscal, en una detención de las previstas en la legislación de extranjería para los adultos extranjeros indocumentados que son interceptados tratando de entrar en territorio nacional sin estar provistos de la correspondiente autorización”.

⁷⁹¹ Como explica Juan Manuel BATUECAS FLORINDO (*La expulsión del extranjero en la legislación española*, Editorial Club Universitario, San Vicente, 2009), “la escasa formalidad que exige la ley para la tramitación de los expedientes de devolución, puede producir un mayor grado de indefensión en el extranjero que vaya a ser devuelto, a lo que hay que añadir el breve espacio de tiempo en que se ejecutan las mismas”.

⁷⁹² EL PAÍS: “Menores con margen de error”, 29 de septiembre de 2011: http://elpais.com/diario/2011/09/29/sociedad/1317247202_850215.html

tanto a nivel nacional como internacional. En el ámbito interno, el estudio de referencia en la materia, por constituir un denodado propósito de clarificación científica respecto a la fiabilidad de los métodos de determinación de la edad comúnmente utilizados, y por la repercusión práctica que ha tenido, es el informe específico publicado por el Defensor del Pueblo en 2011⁷⁹⁶.

A pesar de la complejidad y controversia que rodean al procedimiento de determinación de la edad, así como de su relevancia constitucional y trascendencia práctica, la regulación del tema, lejos de ser clara y segura, está plagada de lagunas e indeterminaciones.

En primer lugar, desde una perspectiva formal, el procedimiento de estimación de la edad, o al menos sus líneas maestras, ha de considerarse constitucionalmente reservado a las normas con rango de ley⁷⁹⁷, puesto que comporta intervenciones en el derecho a integridad física (artículo 15 CE), a la intimidad (artículo 18 CE), a la libertad y seguridad (artículo 17 CE), y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). La vigente previsión legal del procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería⁷⁹⁸, es sumamente escueta, limitándose a acotar

⁷⁹³ ACNUR: *Directrices de protección internacional para las solicitudes de asilo de niños* (2009), COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observación General nº 6*, de 1 de septiembre de 2005; OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Informe sobre los retos y buenas prácticas en materia de implementación del marco internacional en materia de protección de los derechos de los menores en el contexto de las migraciones*, de 2010 (A/HRC/15/29, p. 11); RED EUROPEA DE MIGRACIONES: *La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados, y las cifras correspondientes: estudio comparativo de la UE*, (2010). DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: *Age Determination Practices for Unaccompanied Alien Children in ICE Custody* (2009); SINDIC DE GREUGES: Nota de Prensa 18 de julio de 2011: *El procedimiento de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados puede vulnerar los derechos de los menores*.

⁷⁹⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Hay alternativas. No a la detención de personas inmigrantes. Comentarios al borrador del Gobierno sobre el reglamento de los centros de internamiento de extranjeros*, Febrero de 2013.

⁷⁹⁵ SUÁREZ RICO, A.: “Determinación médico-forense de la edad. Protección de los menores en desamparo. La Ley de responsabilidad penal del menor”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 11, 2003, pp. 249-277. RUIZ LEGAZPI, A.: “La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados”, en *Revista de Derecho Político*, nº 61, 2004, pp. 141-172.

⁷⁹⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, op.cit.

⁷⁹⁷ Artículo 53.1. CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161. 1. a)”.

⁷⁹⁸ Artículo 35.3 de la Ley de Extranjería y artículo 190 de su Reglamento. Según el primero, “[e]n los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con

la aplicación de aquél a supuestos en que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad; a identificar al Ministerio Fiscal como la institución que ha de disponer su realización, y a señalar la obligación de colaboración de las instituciones sanitarias, que incluirá la práctica de las pruebas necesarias con carácter prioritario. El precepto parece dar a entender la naturaleza médico-forense de las pruebas a realizar, pero nada dice sobre la posibilidad de emplear otro tipo de pruebas, de carácter psicosocial, por ejemplo, o incluso no practicar ninguna, realizando una indagación documental (recabando información de su país de origen, etc.). No precisan tampoco, ni la Ley ni el Reglamento, si es necesario el consentimiento del presunto menor para la realización de las pruebas y, en cuyo caso, qué consecuencias emanan de la denegación. Es un misterio cuál es la naturaleza del expediente de determinación de la edad obrado por el Ministerio Fiscal, o si el decreto que pone fin a aquél, es susceptible de recurso (generalmente los decretos de la fiscalía no lo son). Por el contrario, el Reglamento relega el grueso de la regulación, tanto en lo referido a la coordinación institucional y deslinde competencial, como a la naturaleza y valoración de las pruebas concretas de diagnóstico de la edad, a un-todavía no aprobado- *Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados*, que deberá impulsar la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración⁷⁹⁹.

Sin embargo, tal Protocolo, de rango evidentemente infra-legal, no es susceptible de sustituir a la ley en la regulación de aquéllos aspectos del procedimiento que impliquen intervención iusfundamental.

Además de afectar a los derechos fundamentales aludidos, el procedimiento afecta a varios principios constitucionales. En primer lugar, el considerable margen de error científico que tienen las pruebas de estimación de la edad, erosiona el principio de **seguridad jurídica** (artículo 9.3 CE). Asimismo, la denegación arbitraria de la validez o autenticidad de documentos públicos extranjeros

lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

⁷⁹⁹ Según el artículo 190.2 RE, el Protocolo estará “destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del servicio público de protección de menores y documentación”.

portadores de la edad, que a menudo realizan las autoridades españolas, atenta contra el **principio de legalidad** (artículo 9.3 CE). Y la falta de reconocimiento legal de asistencia jurídica gratuita al inmigrante indocumentado que se somete a este procedimiento, afecta a su derecho a ser oído, al menos al legal y convencionalmente garantizado.

La ley que regule las líneas generales del procedimiento de estimación de la edad, que, en virtud de lo propuesto, sería la hipotética Ley de bases de protección del menor (en su capítulo dedicado a los menores no acompañados), habría de cumplir con las exigencias de precisión y claridad derivadas del principio de seguridad jurídica, respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales intervenidos, y el principio de proporcionalidad⁸⁰⁰.

En cuanto a la metodología empleada para la estimación de la edad, existe una notable falta de homogeneidad, tanto a nivel estatal como europeo. No obstante, las técnicas más comúnmente empleadas en el contexto de la Unión, aislada o combinadamente, son la entrevista y/o estudio de la documentación que se obtenga sobre el presunto menor, su exploración médica, el estudio de su esqueleto, y distintos métodos psicológicos⁸⁰¹. La diversidad entraña potenciales inconsistencias entre las diversas metodologías⁸⁰², lo que genera un considerable grado de inseguridad jurídica.

Atendiendo a la concreta situación en España, no existen datos estadísticos sobre los métodos utilizados para la estimación médica de la edad, ni del número de casos en los que este tipo de estudios se solicitan⁸⁰³. Sin embargo, la práctica preponderante, por considerarse que aúna sencillez técnica, gasto moderado, y

⁸⁰⁰ Como explica el Tribunal Constitucional (STC 206/2007, de 24 de septiembre, F.J. 5), “la reserva de ley constituye “el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas” y “no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate”, pero que en todo caso implican que “el legislador ha de hacer ‘el máximo esfuerzo posible’ para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho””.

⁸⁰¹ SMITH, T. y BROWNLEES, L. (UNICEF): *Age assessment practices: a literature review and annotated bibliography*, New York, 2011: http://www.unicef.org/protection/Age_Assessment_Practices_2010.pdf

⁸⁰² Hay individuos que han sido valorados como menores en un Estado de la Unión y como adultos en otros. DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos...* *op.cit.*, p. 80.

⁸⁰³ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos...* *op.cit.*, p. 35.

relativa fiabilidad, parece ser el estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda o no dominante, como única prueba médica. De entre los dos métodos existentes para evaluar la edad ósea en el carpo, a saber, los de atlas, entre los que destaca el de *Greulich y Pyle*⁸⁰⁴, y los numéricos⁸⁰⁵, de los que *Tanner-Whitehouse*⁸⁰⁶ es el mayor exponente. El primero es el más aplicado ya que, tal y como algunos han defendido, *Tanner-Whitehouse* es mucho más costoso en tiempo y su fiabilidad es similar a la de aquél⁸⁰⁷.

Otras dos técnicas frecuentemente empleadas en nuestro país para la determinación médico-forense de la edad, que generalmente se practican como apoyo a otras ya aplicadas, son la ortopantomografía, o radiografía panorámica de la boca⁸⁰⁸, y la radiografía de la clavícula⁸⁰⁹. Y también de forma complementaria a las

⁸⁰⁴ GREULICH, W.W. y PYLE, S.I: *Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist*, 1951 y 1959. El famoso atlas, que se sigue usando de forma habitual, se basa en una muestra total de 6.879 niños sanos de origen norteamericano, de clase media-alta. El método valora la edad del sujeto mediante la obtención de un valor “promedio” de edad ósea por similitud de la radiografía objeto de estudio con las radiografías estándar recogidas en el atlas y, desde ellas, se hacen estimaciones de normalidad basadas en horquillas de resultados mediante valores de desviación estándar. En DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos...op.cit.*, pp. 40-41.

⁸⁰⁵ *Idem*. Consisten en la asignación de valores numéricos progresivos a cada uno de los huesos o núcleos de osificación del carpo; de manera que la puntuación final de madurez global se obtendría a partir de la suma de las puntuaciones parciales de cada hueso por separado. El estudio de cada mano ofrece con este método una puntuación total que puede ser procesada para proporcionar un grado de madurez general que se ha de comparar con tablas y distribuciones de resultados por edades y sexos basados en distribuciones por percentiles.

⁸⁰⁶ TANNER, J. M. y otros: *Assessment of skeletal maturity and prediction of adult height (TW2)*. (2nd ed.) Academy Press, Londres, 1983. TANNER, J. M.; WHITEHOUSE, R. H.; CAMERON, N. *Assessment of skeletal maturity and prediction of adult height (TW3 method)*, Saunders, Londres, 2001.

⁸⁰⁷ *Idem*. El informe añade que existen adaptaciones de estos métodos para las poblaciones de prácticamente todos los países y que en España disponemos de una adaptación de ambos métodos basada en población del País Vasco: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. *Maduración ósea y predicción de la talla: atlas y métodos numéricos*. Díaz Santos, Madrid, 1991.

⁸⁰⁸ La radiografía de boca se evalúa usualmente mediante el método *Mincer*, que aplica los estándares radiológicos del método *Demirjian* al tercer molar (muela del juicio), que es la pieza dental de aparición más tardía y, por ende, la más relevante para la evaluación de la edad en torno a los 18 años. El método *Demirjian* se basa en radiografías panorámicas de 1.446 chicos y 1.482 chicas de entre 2 y 20 años, de origen franco-canadiense, y consiste en asignar una puntuación a cada uno de los siete dientes mandibulares del lado izquierdo según su estadio de desarrollo (estadios A-H) siguiendo unos criterios descritos para cada uno y por comparación con diagramas e imágenes radiológicas. Las puntuaciones de los siete dientes se suman para dar una puntuación de maduración, la cual se convierte directamente en una edad dental usando unas tablas específicas. DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación...op.cit.*, p. 43.

⁸⁰⁹ En la actualidad el método recomendado para la cuantificación de los cambios de osificación en la clavícula es el método de *Schmeling*, que cuantifica los cambios de fusión epifisaria de la epífisis proximal de la clavícula. El sistema incluye la diferenciación en cinco estadios de la fusión epifisaria a diferencia de otros métodos tradicionales que diferencian cuatro estadios. DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p. 44.

citadas pruebas médico forenses, a veces se realizan anamnesis dirigidas y exploraciones médicas.

No obstante, en los últimos años, las pruebas de estimación de la edad se han simplificado y han perdido rigor, consistiendo a menudo en meras exploraciones bucales o genitales⁸¹⁰.

En este punto se pretende identificar las garantías constitucionales que obligatoriamente deberá contemplar la regulación legal del procedimiento de determinación de la edad para dotarle de legitimidad constitucional. Empero, el análisis *lege ferenda* ha de ir vinculado a una valoración del *status quo*. Por tanto, se someterá la actual regulación del procedimiento, junto con las reglas que la complementan (especialmente circulares, instrucciones y consultas del Ministerio Fiscal), al juicio de proporcionalidad. Se tomará en consideración también, en este escrutinio, la forma en que dicha regulación se aplica. Ello arrojará conclusiones sobre la legitimidad constitucional de las intervenciones iusfundamentales que aquéllas regulaciones y prácticas comportan, así como sobre las garantías que deberían rodear dichas intervenciones para evitar que desborden los confines impuestos por la Norma Fundamental.

Sin perjuicio de los límites y garantías que en abstracto se sugieran, cada supuesto de determinación de la edad de un menor, merece un estudio de proporcionalidad individualizado, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En esta línea, el Ministerio Fiscal, como órgano competente de la disposición del procedimiento en cuestión, habrá de disfrutar de un cierto margen de discrecionalidad para decidir en qué casos realizar las pruebas médico-forenses, así como la naturaleza de las pruebas a realizar. Habrá ocasiones en que no sea necesario practicar pruebas médico-forenses (por existir otras formas de averiguar la edad), o éstas no sean adecuadas para un determinado perfil de sujeto (el de alguien que presente, por ejemplo, síntomas de haber sufrido una enfermedad que influya intensamente en el desarrollo físico). Sin embargo, la regulación habrá de procurar

⁸¹⁰ Información proporcionada por Lourdes Reyzábal, Presidenta de la Fundación RAICES, en entrevista realizada el 26 de agosto de 2013. A ello añade que esta pérdida de rigor cobra especial gravedad cuando de las pruebas en cuestión se deduce la mayoría de edad y, por ende, se excluye al extranjero del sistema de protección de menores, sin ni siquiera poder recurrir esa decisión.

que el margen de discrecionalidad no se transforme en un “margen de arbitrariedad”.

A continuación se realizará una aplicación, en abstracto, del juicio de proporcionalidad al procedimiento de determinación de la edad, y específicamente, al efectuado mediante pruebas de naturaleza médico forense, por ser ésta la modalidad más común, a la vez que controvertida, de aquéllas. Se tendrán en especial consideración las pruebas radiológicas, por ser las más frecuentemente utilizadas en nuestro país.

Finalidad constitucionalmente legítima

La primera “parada obligatoria” del *iter argumentivo* trazado por el principio de proporcionalidad, es determinar la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida por el procedimiento de estimación de la edad.

Ello exige, de manera preliminar, identificar la finalidad que persigue. Responder sobre el propósito inmediato de dicho procedimiento parece una tautología: determinar la edad de un extranjero indocumentado. Dado que la edad constituye uno de los elementos integrantes de la identidad, podría decirse que la finalidad inmediata es garantizar la identidad del menor⁸¹¹, lo que no sólo es constitucionalmente legítimo, sino también, “convencionalmente ordenado”⁸¹². En cuanto a la finalidad ulterior, o mediata, del procedimiento en cuestión, no es otra que detectar a los inmigrantes menores de edad con el fin de proporcionarles la protección especial que la Constitución les garantiza⁸¹³. Por tanto, la **finalidad**

⁸¹¹ Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, aboga por enfocar las pruebas de determinación de la edad “desde la perspectiva de la identificación de los niños”. En DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o Adultos? Procedimientos...op.cit.*, p.103.

⁸¹² Artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

⁸¹³ En palabras de Joaquín Sánchez-Covisa Villa, Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, (DEFENSOR DEL PUEBLO *¿Menores o Adultos? Procedimientos...op.cit.*, p.100), “lo que se trata de evitar, es que un menor o un presunto menor pueda ser objeto de un expediente de expulsión”.

última de la medida, no sólo es constitucionalmente legítima, sino también, **constitucionalmente ordenada**⁸¹⁴.

El hecho de que el fin del procedimiento sea evitar que un extranjero menor de edad se vea privado de la protección que constitucionalmente le corresponde, conlleva varias consecuencias. La primera es la **presunción de menor edad** del extranjero⁸¹⁵, que no sólo determina el tratamiento del mismo durante el procedimiento (se le deberá brindar la asistencia inmediata que requiera, por parte del servicio de protección de menores⁸¹⁶), sino también, en ocasiones, el contenido del decreto que pone fin al mismo, pues si después de las pruebas practicadas persiste una duda razonable, se presume, *iuris tantum*, que es menor de edad.

La segunda consecuencia de que el procedimiento de estimación de la edad tenga por finalidad la protección del menor, es que el único competente para disponer su realización, y decretar su resultado, sea el **Ministerio Fiscal**⁸¹⁷, como

⁸¹⁴ En este sentido, Carlos BERNAL PULIDO distingue entre el fin inmediato, y el fin mediano perseguido por una norma de intervención en los derechos fundamentales, siendo en este último tipo de fines (medios), sobre los que se proyecta el control de legitimidad constitucional. El fin inmediato debe adscribirse a un principio constitucional de primer o de segundo grado, que es el fin mediano. Los fines medios pueden consistir en la realización de un derecho individual, de un bien colectivo, o de un bien jurídico, garantizado por un principio. En este sentido, los principios rectores, (entre los que se encuentra el que dispone la protección especial del menor), se encuentran entre aquéllos principios que pueden fungir de fines medios de las intervenciones legislativas. En *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 707-709.

⁸¹⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Consulta 1/2009, de 10 de noviembre, *sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados* y Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*; DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o Adultos? Procedimientos...* op.cit., p. 125.

⁸¹⁶ Artículo 190 del Reglamento de Extranjería. Pero, ¿dónde debe brindarse dicha atención? Según la Fiscalía General de Estado, depende del cariz de las necesidades inmediatas del presunto menor, pero en principio debe evitarse el traslado del mismo a un centro de protección de menores, por los trastornos que el ingreso de potenciales adultos puede tener en los menores residentes en dichos centros. No obstante, según el Consejo General de la Abogacía Española, todo menor o presunto menor debe disfrutar desde el principio de la protección de los servicios autonómicos de protección de menores (lo que evitaría las detenciones de menores o su internamiento en CIES, etc.). En LARA AGUADO, A.: "Artículo 35: Menores no acompañados", op.cit., p. 605. La autora se refiere al *Informe de la Subcomisión de Extranjería del CGAE sobre el Borrador del Reglamento de la Ley de Extranjería*, de 18 de enero de 2010.

⁸¹⁷ La competencia, que antes recaía sobre los jueces de menores, le fue en virtud de la reforma 8/2000 de la Ley de Extranjería (artículo 35.3 LE). Desde entonces, la Fiscalía General del Estado ha emitido diversas normas internas para facilitar el cumplimiento de su función: Instrucción 2/2001, de 28 de junio, *acerca de la interpretación actual del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social*; Circular 3/2001, de 21 de diciembre, *sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería (capítulo IV)*; Instrucción 3/2003, *sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo*; Instrucción 6/2004; Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España (capítulo IV)*; Consulta

garante legal de sus derechos⁸¹⁸. Sin embargo, en la práctica no siempre se respeta tal exclusividad competencial, siendo, en ocasiones, la misma policía, o los servicios de protección de menores, los que solicitan la realización de las pruebas de diagnóstico de la edad, sin autorización previa del Fiscal⁸¹⁹. Incluso la propia Fiscalía parece no haber tenido siempre clara su exclusividad en esta materia⁸²⁰.

Dentro del Ministerio Fiscal, es la Sección de Extranjería la competente de la disposición de los expedientes de determinación de la edad. Sin embargo, sería más coherente con la finalidad perseguida por los mismos, siendo ésta la protección del menor, que fuera la Sección de Menores la competente, por más que desde la Fiscalía se insista en la estrecha coordinación con que ambas actúan en este ámbito⁸²¹.

La tercera consecuencia de que la finalidad del procedimiento de determinación de la edad sea la protección del menor, es que deba ser la hipotética ley de bases de protección del menor la que regule las líneas maestras del mismo, como se ha defendido más arriba.

Respecto a la naturaleza del procedimiento de determinación de la edad, los mismos fiscales lo han incluido en ocasiones en la categoría de diligencias preprocesales⁸²², que su Estatuto Orgánico les legitima a realizar en el ámbito penal, cuando lo prevea la ley, y en otros ámbitos, cuando lo requieran para poder ejercer

1/2009, *op.cit.*; Instrucción 1/2012, *sobre la Coordinación del Registro de Menores Extranjeros no Acompañados*.

⁸¹⁸ Artículos 4.2, 4.4., 5.5, 7.2, 9.3, 10.2 de la Ley del Menor; 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF); y, entre otros, 228, 230, 232, 248, 273, 299 bis, y 300 del CC. El Tribunal Constitucional, en su STC 185/2012, FJ 4, afirma que “si la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de familia resulta siempre obligada, es precisamente por su posición de garante *ex lege* del interés del menor, ya actúe unas veces como parte formal y otras como dictaminador o asesor (*amicus curiae*)”.

⁸¹⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o Adultos?...op.cit.*, p. 171. El informe relata que incluso se han encontrado casos en los que una prueba médica con finalidad terapéutica es utilizada para dejar sin efecto la declaración de minoría de edad acordada en un procedimiento anterior.

⁸²⁰ Una de las *Conclusiones del encuentro de fiscales especialistas en menores y en extranjería*, celebrado en Madrid, el 20 de abril de 2010, fue que: “5-1. Si tras el decreto del Fiscal aparecen datos que cuestionen la edad determinada, la Entidad Pública de Protección de Menores podrá realizar pruebas de determinación de edad complementarias”.

⁸²¹ Ponencia de Joaquín Sánchez-Covisa Villa, Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, en DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o Adultos?...op.cit.*, p.100. El Fiscal añade, empero, que según la distribución interna de Fiscalía Territorial, muchas de las fiscalías de menores son las que asumen gran parte del servicio que está atribuido a extranjería”.

⁸²² *Ibidem*.

sus funciones⁸²³. No obstante, no es claro que el procedimiento pueda encuadrarse en dicha categoría⁸²⁴, pues el mismo Estatuto puntualiza que tales diligencias “no podrán suponer la adopción de medidas [...] limitativas de derechos”. En cualquier caso, la norma citada puntualiza que “los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias”⁸²⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, basándose en lo afirmado por el Ministerio Fiscal en otra ocasión (Consulta 1/2009), ha calificado, de forma un tanto vaga, el procedimiento, de “resolución interlocutoria, que reviste los caracteres de cautelar y provisionalísima, y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, por lo que la resolución se integra en el conjunto de medidas protectoras o de otra naturaleza que se adoptan a raíz de la fijación de la edad que realiza el Fiscal”⁸²⁶.

Sin embargo, al margen de la naturaleza jurídica del procedimiento, lo más sorprendente de lo establecido por el Tribunal Constitucional respecto al mismo, es que el hecho de que el decreto de determinación de la edad del Fiscal no sea directamente recurrible (por no estar legalmente previsto el modo de hacerlo), carece de relevancia constitucional. Se remite, para justificar su decisión, a la justificación aducida por el Ministerio Fiscal al respecto, basada en que el carácter provisionalísimo de la resolución, es decir, el hecho de que la misma esté dirigida a “solventar de la manera más urgente posible una situación de hecho”, impide que la misma tenga por objeto establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (mayoría o minoría de edad) y la priva de efectos definitivos. La resolución no altera en nada, según el Fiscal, los derechos del afectado, “que siempre tiene abierta la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos”⁸²⁷.

⁸²³ Artículos 5.2 y 5.3 *in fine* del EOMF. Según este último: “También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”.

⁸²⁴ Por su parte, Ana RUIZ LEGAZPI considera que es un acto administrativo de trámite integrado en el procedimiento administrativo de repatriación de menores. En “La determinación de la edad... *op.cit.*, p. 13. Sin embargo, no compartimos esta opinión, entre otras cosas porque la protección que le corresponde al menor no siempre implica su repatriación, y ésta constituye un procedimiento distinto y separado.

⁸²⁵ Artículo 5.2 del EOMF.

⁸²⁶ ATC 151/2013, de 8 de julio, F.J.5; ATC 172/2013, de 9 de septiembre.

⁸²⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Consulta 1/2009, *op.cit.*

No obstante, por más que el decreto de determinación de la edad se considere provisionalísimo, y que supuestamente pueda ser objeto de modificación por posteriores decretos del Ministerio Fiscal⁸²⁸, la realidad muestra que la inscripción de dicho decreto en el Registro de Menores no Acompañados casi nunca se modifica⁸²⁹. Es incontestable que dicho decreto determina el tratamiento jurídico posterior del extranjero indocumentado, la mayoría de las veces de manera definitiva, bien integrándolo en los servicios de protección, o bien expulsándolo o dejándolo en situación administrativa irregular. Y es que, aunque las concretas medidas que integren el tratamiento jurídico que posteriormente se le aplique (como la expulsión), sí puedan ser recurridas, ello no es lo mismo que impugnar el decreto de determinación de la edad, que constituye la raíz del tratamiento en cuestión. Además, durante el tiempo transcurrido desde la determinación de la edad hasta la resolución de la impugnación de las medidas adoptadas como consecuencia de la misma, el menor puede alcanzar la mayoría de edad, con lo que muchas de las pretensiones judiciales perderían su objeto. Además de todo esto, la imposibilidad de recurrir el decreto de determinación de la edad se podría corresponder con una hipotética infalibilidad del procedimiento, pero no con el enorme margen de error del que efectivamente adolece.

Desde nuestro punto de vista, la afectación a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, es evidente. Por lo tanto, la hipotética regulación legal del procedimiento habría de prever recursos frente al mismo. Así lo recomiendan la Comisión Europea⁸³⁰ y el Defensor del Pueblo⁸³¹.

En conclusión, mientras la finalidad del procedimiento, que es evitar la desprotección de los menores, es constitucionalmente legítima, e incluso ordenada, su configuración actual no siempre es coherente con dicha finalidad, por lo que es necesario incluir en su regulación las garantías defendidas en este epígrafe.

⁸²⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Instrucción 1/2012.

⁸²⁹ Información facilitada por el Inspector Alberto Rodríguez García, Jefe del Grupo de Menas y Pateras de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en entrevista realizada en Madrid, el 19 de agosto de 2013.

⁸³⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Plan de Acción sobre menores no acompañados*, *op.cit.*

⁸³¹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o Adultos? Procedimientos...* *op.cit.*, p. 169: “En cualquier supuesto, el interesado debe tener acceso a un recurso efectivo para oponerse a la decisión que se adopte sobre su edad”.

Idoneidad

Una vez constatada la legitimidad constitucional de la finalidad del procedimiento de diagnóstico de la edad, la siguiente “parada obligatoria” que el juicio de proporcionalidad exige es la determinación de su **idoneidad**. ¿Constituye dicho procedimiento un método adecuado para estimar la edad de una persona indocumentada, garantizando así su derecho a la identidad, y posibilitando que se brinde al menor la protección especial que le corresponde? Dada la concatenación lógica del fin inmediato y el mediato, el escrutinio de la adecuación se hará en referencia al primero de ellos⁸³²: la determinación de la edad.

La pregunta más concreta sería, ¿son aptas las pruebas médico-forenses para la determinación de la edad? Dentro del torbellino de opiniones que el tema suscita, en lo único que parece estar de acuerdo la comunidad científica es en que “nunca se puede dar una estimación de la edad como un resultado con certeza absoluta”⁸³³. Esta premisa científica **mina la idoneidad** de estas pruebas, y acarrea un notable grado de incerteza jurídica, que se plasma, por ejemplo, en la frecuente disparidad de resultados que se obtienen al repetir el mismo tipo de prueba a la misma persona.

El considerable margen de error en el que insisten los profesionales, deriva principalmente de la dualidad “edad legal”/“edad biológica”. Mientras la primera, que es la relevante para el Derecho, es un concepto estrictamente cronológico, referido al tiempo vivido por una persona; la edad biológica “se define por la identificación por parte de un explorador de una serie de hitos dentro del proceso de maduración y desarrollo de un ser humano que se alcanzan habitualmente a una determinada edad cronológica en un grupo de población determinado”⁸³⁴.

Por tanto, ambos conceptos, si bien estadísticamente pueden coincidir, no son idénticos. Los estudios apuntan a que factores de naturaleza socio-económica, étnica

⁸³² Según Carlos BERNAL PULIDO, “una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental, no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato”. En *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., p. 725.

⁸³³ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos?...*p. 39.

⁸³⁴ Dr. Pedro Manuel Garamendi González, Médico Forense. Instituto de Medicina Legal de Huelva. En DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos?...*pp. 36-38.

o racial, genética, o vivencial (enfermedades, práctica de deporte de élite, etc.), pueden influir en el grado de coincidencia entre la edad biológica y legal. En este sentido, la determinación médica de la edad legal no es más que una estimación de probabilidad respecto a la edad de un individuo⁸³⁵. Esto lleva a algunos a rechazar la idoneidad de las pruebas médico-forenses, en general, para diagnosticar la edad⁸³⁶, y a que determinados países, como Reino Unido, no admitan la práctica de algunas de ellas, como las radiológicas⁸³⁷.

Sin embargo, en nuestro país, al igual que en la mayoría de los del ámbito europeo, en aras de minimizar el grado de inseguridad jurídica proveniente del desconocimiento de la edad, el Derecho “presiona” a la medicina forense para que brinde soluciones certeras, negándose a asumir que la ciencia no alcanza a proporcionar respuestas seguras⁸³⁸. Por más que los científicos y profesionales lleven años advirtiéndolo, el vértigo que produce la ausencia de certezas ante un problema de tal calibre, lleva al Derecho a cerrar los ojos a la evidencia, y por consiguiente, a las injusticias que la falta de precisión puede entrañar, y de hecho entraña.

En conclusión, si se pretende aceptar la idoneidad de las pruebas médico-forenses para la determinación de la edad, éstas han de rodearse de las máximas garantías. Asimismo, aceptar su idoneidad supondría no concebir este concepto de un modo absoluto (que se da o no se da), sino, como se intuye de lo afirmado por la Audiencia Nacional (respecto al diagnóstico de la edad legal penal), como el grado suficiente de comprobación de la hipótesis de la menor edad. Se tratará, por tanto, de una cuestión de **suficiencia de la prueba**⁸³⁹. Ello implicaría la adscripción a la versión débil del subprincipio de idoneidad, defendida por BERNAL PULIDO, en virtud de la cual, la idoneidad de una medida dependerá de que posea una relación positiva de cualquier tipo con el fin inmediato, es decir, sencillamente, que facilite su realización de algún modo. A juicio del autor, el Tribunal Constitucional, por el

⁸³⁵ *Ibidem*.

⁸³⁶ Profesor Sir Al Aynsley-Green Kt, Profesor emérito de Salud Infantil, University College, Londres; primer Comisionado para la Infancia de Inglaterra. *Idem*, p. 75.

⁸³⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos?...*p. 73.

⁸³⁸ Según Aynsley-Green: “Los gobiernos quieren un método “científico” que les diga con precisión cronológica la edad de la persona. Pero ese método no existe.” *Ibidem*, p. 78.

⁸³⁹ SALA PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL: Expediente gubernativo 24/2009, F.J. 2.

contrario, se inclina por una versión tendencialmente fuerte del subprincipio, habiendo llegado a identificar, en alguna ocasión, la adecuación de las intervenciones en derechos fundamentales con su capacidad para “asegurar” la obtención del objetivo propuesto⁸⁴⁰.

Siguiendo con BERNAL PULIDO, es preciso enfatizar la naturaleza empírica del nexo causal entre la medida restrictiva de derechos fundamentales, y su finalidad inmediata. Ello obliga a descender a la realidad para analizar “si los conocimientos generales de la sociedad y los conocimientos especializados de la ciencia y de la técnica permiten llegar a la conclusión de que la medida adoptada por el Legislador tiene capacidad para contribuir a alcanzar su finalidad inmediata”⁸⁴¹.

En el ámbito de la estimación de la edad, el “descenso a la realidad” más serio que se ha realizado para evaluar la idoneidad del procedimiento, es decir, la existencia de un nexo causal entre éste y la determinación de la edad, ha sido el citado Informe específico del Defensor del Pueblo. En él se recogen recomendaciones de esta institución, así como conclusiones y buenas prácticas consensuadas por expertos en la materia. Todas ellas, tras constatar la fragilidad del nexo causal, están orientadas a su fortalecimiento⁸⁴². Por tanto, dichos hallazgos habrán de devenir en garantías que rodeen a las pruebas, por lo que deberán contemplarse en la regulación legislativa que se efectúe del procedimiento de estimación de la edad. Supuestamente, ello aumentará la fiabilidad de las pruebas, con la consecuente disminución de la inseguridad jurídica, y el consiguiente beneficio en términos de idoneidad.

¿Cuál es el contenido de estas recomendaciones? En primer lugar, inciden en la necesidad de coordinación, especialización y estandarización en la realización del procedimiento; mediante el establecimiento, por parte de las Comunidades Autónomas, de servicios especializados de determinación de la edad, intercomunicados para el trasvase de información, y que atiendan a protocolos comunes.

⁸⁴⁰ El autor cita jurisprudencia para respaldar esta idea: SSTC 66/1995, de 8 de mayo, F.J.5; 186/2000, de 10 de julio, F.J. 6; 207/1996, de 16 de diciembre, F.J. 4; 200/1997, de 24 de noviembre, F.J. 4; 122/2000, de 16 de mayo, F.J. 3 y 265/2000, de 13 de noviembre, F.J. 8. En *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., p. 725

⁸⁴¹ *Idem*, p. 731.

⁸⁴² DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, pp. 178 y ss.

Estimamos que, por razones de seguridad jurídica, la homologación del procedimiento de diagnóstico de la edad debería desarrollarse también a nivel europeo, puesto que la incerteza provocada por la disparidad de resultados de las pruebas practicadas a una persona en las distintas Comunidades Autónomas, es un fenómeno que se reproduce a escala europea, dada la movilidad de estos jóvenes inmigrantes⁸⁴³.

Se insiste en este Informe en garantizar el derecho a ser escuchado del presunto menor, tanto en la fase inicial del procedimiento, cuando se requiere su consentimiento informado, como antes de la emisión del decreto de determinación de la edad por parte del Fiscal (una vez practicadas las pruebas), con objeto de que el interesado pueda pronunciarse sobre el diagnóstico. Desde la perspectiva de la idoneidad, las alegaciones del interesado podrían afinar más el resultado de las pruebas (por ejemplo, si informa de determinadas patologías que ha sufrido, etc.). Si bien en la actualidad, y puede que por influencia del Informe del Defensor del Pueblo, al presunto menor se le hace firmar un acta de consentimiento antes de la realización de la pruebas, el trámite no se rodea, como se verá más abajo, de las garantías necesarias para escuchar efectivamente al menor⁸⁴⁴. Además, el derecho a ser oído no se contempla en la regulación vigente del procedimiento. La omisión carece de trascendencia constitucional, puesto que aquél derecho sólo adquiere tal rango cuando entra en juego la tutela judicial efectiva (cuyo contenido integra), y no es éste el caso, por no aplicarse en un proceso judicial ni en un procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, como ya se ha mencionado, el derecho a ser oído está plenamente consolidado en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en

⁸⁴³ Como ya se mencionó, la COMISIÓN EUROPEA, en su *Plan de Acción sobre menores no acompañados (op.cit.)*, se compromete a promover un enfoque común respecto a la determinación de la edad. Para ello pide a la Oficina Europea de Apoyo al Asilo que organice formación sobre la evaluación de la edad, y un manual de buenas prácticas. Asimismo, insta a los Estados miembros a utilizar el sistema de información de visados (VIS) para verificar la identidad de los menores no acompañados registrados.

⁸⁴⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p.171: “[l]as investigaciones realizadas muestran que los interesados no son informados por los servicios policiales sobre el inicio del procedimiento, su alcance y sobre la naturaleza de las pruebas a las que van a ser sometidos [...]. El decreto del fiscal determinando la edad, con carácter presuntivo, pone fin a un procedimiento en el que no ha estado prevista la realización de un trámite de audiencia al interesado con carácter previo a la adopción de la resolución. Esta audiencia tan sólo se ha previsto para aquellos casos en los que el interesado expresa su negativa a someterse a las pruebas médicas. Parece necesario que esta audiencia se produzca en cualquier caso”.

virtud de la Ley del Menor (artículo 9.1), como de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (artículo 24) y la Convención de Derechos del Niño (artículo 12). Por ello, la regulación legal del procedimiento debería contemplar este derecho.

Por otra parte, el Informe también recomienda tomar en consideración, en el estudio de estimación de la edad, la influencia de los factores patológicos específicos, nutricionales, higiénico-sanitarios y de actividad. Sin embargo, no se alcanzó consenso respecto a la relevancia de los factores étnicos en la edad⁸⁴⁵. Asimismo, para reducir los márgenes de error, los científicos proponen, en el Informe, un método holístico⁸⁴⁶. Si bien aún no se ha logrado acordar qué pruebas deben integrarlo, se apunta que los exámenes médicos debieran ceder protagonismo en favor de los de naturaleza psicosocial⁸⁴⁷. Se incide en el Informe en la necesaria colaboración entre especialidades médicas, y en la obligación de especificar en el informe pericial el margen de error de las estimaciones, por medio de horquillas (así se contempla en el Reglamento de Extranjería, que obliga a elegir la edad inferior de las delimitadas por la horquilla⁸⁴⁸). Asimismo, se advierte de la cautela con la que se han de extraer consecuencias jurídicas de los propios informes periciales: el Ministerio Fiscal debe contar con un mínimo grado de certeza para emitir el decreto

⁸⁴⁵ *Idem*, p. 169.

⁸⁴⁶ En esta dirección apunta también la AUDIENCIA NACIONAL (Sala Penal, Expediente gubernativo 24/2009, F.J. 2), cuando defiende que: “[l]a metodología que ofrece el estado actual de la medicina legal es variable, pero existe consenso en la necesidad de utilizar varias técnicas de diagnóstico, cada una con sus propios medios auxiliares, y en combinar el resultado de todas ellas para sustentar un diagnóstico fiable. Resulta imprescindible, como han señalado los médicos forenses de este Tribunal, acudir por un lado a la exploración física para hallar las medidas antropométricas y los signos de madurez sexual, por otro indagar el grado de maduración ósea mediante varias técnicas como son la exploración radiológica de la muñeca izquierda, el examen de la dentición con especial atención al tercer molar, con ayuda de la ortopantomografía, y el estudio del extremo medial esternal de la clavícula”.

⁸⁴⁷ El examen holístico es también el más avalado por la comunidad internacional, incluyendo a la *Sociedad Alemana de Medicina Legal*, cuyas guías para la determinación de la edad, redactadas por primera vez en el año 2000, son la referencia en el ámbito europeo. Dichas guías recomiendan la práctica de las siguientes pruebas médicas para la estimación de la edad: examen físico y entrevista personal; examen radiográfico del carpo de la mano izquierda; examen radiográfico de la dentadura; examen radiográfico o tomografía computerizada de la extremidad proximal de clavícula. En España también existen ejemplos de aplicación del método holístico, como el *Instituto de Medicina Legal de País Vasco*. La existencia de equipos especializados en determinación de la edad, y en particular, de Institutos de Medicina Legal, sin duda proporciona estándares más elevados de fiabilidad. DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p.39.

⁸⁴⁸ Artículo 190.4, párrafo 2 del RE: “En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años”.

de determinación de la edad, si el informe médico no se la proporciona, deberá disponer que prosiga el procedimiento⁸⁴⁹, y si el mismo no arroja resultados convincentes, presumir la menor edad.

El Comité de Derechos del Niño también ha reclamado a España que “elabore un protocolo uniforme para la determinación de la edad y vele por que los procedimientos de determinación de la edad se lleven a cabo con métodos seguros y científicos, respetando la sensibilidad de los niños y las niñas y de manera justa, evitando todo riesgo de violación de la integridad física del niño”⁸⁵⁰.

En conclusión, estimamos que el procedimiento de determinación de la edad, atendiendo a su regulación y aplicación actual, no cumple el estándar de idoneidad del principio de proporcionalidad, es decir, no es idóneo para conseguir la finalidad inmediata de estimar la edad.

Sólo integrando las exigencias mencionadas en la hipotética regulación legal del tema, se alcanzaría un grado de adecuación suficiente para superar este subjuicio. Es decir, ¿pruebas médico-forenses de diagnóstico de edad? sí, pero no sólo, y siempre rodeadas de determinadas garantías legalmente previstas. Sólo asumiendo que ello ocurriera, se podrá considerar superado este eslabón y proseguir con la aplicación del juicio de proporcionalidad. Por tanto, dicho test se continuará aplicando al procedimiento de estimación de la edad basado en pruebas de carácter médico-forense, pero con las modificaciones que se han propuesto en materia de idoneidad, ya integradas en el mismo.

Necesidad

El siguiente eslabón del juicio de proporcionalidad es el subjuicio de **necesidad**: ¿Existiría una forma alternativa a las pruebas médico forenses de determinación de la edad, menos lesiva con los derechos a la integridad, intimidad y

⁸⁴⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos?...op.cit.*, p. 256.

⁸⁵⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observaciones Finales: España*. 55º periodo de sesiones, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/CO/3-4.

libertad y seguridad, de alcanzar el mismo fin, es decir, conocer la edad del presunto menor, garantizando así su identidad y su debida protección?⁸⁵¹

La respuesta dependerá en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Quizá es más sencillo comenzar aclarando cuándo el procedimiento no es necesario. Además de los casos en los que la edad del extranjero sea indubitada, las pruebas no serán necesarias cuando el joven presente documentos públicos de su país de origen en los que conste la minoría de edad, ya que la legislación de extranjería es clara en acotar la aplicación del procedimiento a los indocumentados sobre cuya minoría de edad existan dudas⁸⁵². Si bien la inmensa mayoría de los menores no acompañados llegan sin documentación, en ocasiones, estando ya en territorio español, tramitan su pasaporte, u otro tipo de documentación acreditativa de la edad; y son precisamente dichos documentos los que no son tenidos debidamente en cuenta por parte de las autoridades españolas⁸⁵³. La Fiscalía ha pretendido justificar la actuación de las autoridades (incluyéndose) en este sentido de varias formas. Durante unos años, se alegaban indicios de falsedad documental⁸⁵⁴. Sin embargo, y como señaló el Defensor del Pueblo, dada la existencia de un delito de falsedad documental en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 392 CP), en los casos en que un documento generara sospechas en ese sentido, había de atenderse a lo establecido en el proceso penal oportuno, al ser ésta la jurisdicción preferente⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ En palabras de Carlos BERNAL PULIDO, “[d]e acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”. En *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., p. 740.

⁸⁵² Artículo 35.3 LE: “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad [...]”; artículo 190.1 RE, 2º párr.: “En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad [...]”

⁸⁵³ El DEFENSOR DEL PUEBLO, en su *Informe anual a las Cortes*, del año 2012, afirma que: “[p]reocupa de manera particular a esta Institución que se someta a procedimientos de determinación de la edad a menores extranjeros que se encuentran identificados con pasaporte u otros documentos que acreditan su minoría de edad”.

⁸⁵⁴ En la Circular 2/2006, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO afirma que las pruebas de determinación de la edad se podrán practicar “cuando, pese a la exhibición de documentación, ésta presente indicios de falsedad y simultáneamente existan dudas sobre si el extranjero efectivamente ha alcanzado los dieciocho años”.

⁸⁵⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos?...op.cit.*, p. 153.

Tras un periodo de denuncias generalmente infructuosas en este sentido⁸⁵⁶, la Fiscalía recondujo la justificación para no aceptar la edad de los documentos presentados por los presuntos menores: si bien dichos documentos pueden ser válidos, no son fiables en cuanto a la edad, pues tampoco lo es el funcionamiento de los registros civiles de determinados países de origen⁸⁵⁷. El resultado es una práctica perversa, que está comenzando a ser relativamente frecuente en nuestro país: al menor que llega indocumentado se le somete a las pruebas de determinación de la edad. Cuando posteriormente consigue su pasaporte, y si la edad que marca no coincide con la dimanada de las pruebas, se considera que existe contradicción, y se disponen nuevas pruebas. Si el menor se niega, alegando que está documentado, o que ya se le realizaron pruebas, ello se considera indicio poderoso de mayoría de edad⁸⁵⁸. Paradójicamente, ello se realiza también, y sobre todo, con menores provenientes de Marruecos (la primera nacionalidad de origen de los menores no acompañados en España), Estado con el que existe un Convenio de cooperación judicial⁸⁵⁹, en virtud del cual los documentos expedidos por el registro civil de

⁸⁵⁶ *Ibidem*; EUROPAPRESS: Archivadas denuncias en Madrid contra menores subsaharianos, a 14 de octubre de 2010: <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-archivadas-denuncias-madrid-contra-menores-subsaharianos-20101014170204.html>

⁸⁵⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Consulta 1/2009, *op.cit.*: «hay que considerar como no documentado, no sólo a quienes carezcan de documentación sino también a quien pretenda acreditar su edad e identidad con documentación presuntamente falsa tal como indica la Circular FGE 2/2006, y a quienes hagan uso a efectos de su identificación de cualquier documento señalado en el artículo 25 de la *Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, que incorpore datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones, o que no resulten fiables en cuanto a la determinación de la edad, por proceder de países cuyas administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos que sobre fecha, lugar de nacimiento o filiación del interesado se incorporan al pasaporte. También se incluyen en este caso los supuestos en que se ocupen al presunto menor documentos en que consten diferentes filiaciones o fechas de nacimiento».

⁸⁵⁸ Información aportada por Lourdes Reyzábal, Presidenta de la Fundación RAICES, en entrevista realizada el 26 de agosto de 2013. Su testimonio también puede leerse en: <http://tomalapalabra.periodismohumano.com/2013/06/04/a-los-menores-no-acompanados-se-les-exige-que-consigan-sobrevivir-en-la-calle/>. Un supuesto así fue el que sirvió de base para el recurso de amparo que se inadmitió mediante el mencionado ATC 172/2013.

⁸⁵⁹ *Convenio bilateral de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos*, BOE nº157/1997, de 25 de junio de 1997. Artículo 323 LEC: “1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley”.

cualquiera de los Estados, serán considerados válidos, sin necesidad de legalización⁸⁶⁰.

El hecho de que las autoridades rechacen la validez o la fiabilidad de un documento público idóneo para informar sobre la edad de su titular, sin alegar motivos, o alegando razones vagas, imprecisas, y por ello casi imposibles de refutar, atenta frontalmente contra los principios de legalidad y de seguridad jurídica, por constituir una decisión cargada de arbitrariedad. El problema se agrava con la imposibilidad de recurrir el decreto del fiscal que pone fin al procedimiento, que, como se ha sostenido, lesiona gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Al margen de los casos de menores documentados, en los que no se cumple el requisito de necesidad de las pruebas médico forenses; en nuestro país, así como en otros muchos de la Unión, se ha aceptado la necesidad de las mismas, en abstracto, para determinar la edad de menores indocumentados de edad dudosa, sin perjuicio de que determinadas pruebas, como los estudios radiológicos centrados en la maduración ósea de la pelvis⁸⁶¹, se rechacen en esos términos, es decir, por existir alternativas igual de eficaces y menos lesivas para la integridad física.

No obstante, al margen de la aceptación, en abstracto, de la necesidad de las pruebas médico-forenses de estimación de la edad en determinados casos, el subjuicio habrá de practicarse también, obligatoriamente, en concreto, de forma casuística e individualizada. El Ministerio Fiscal ha de estar legitimado para, al amparo de las recomendaciones profesionales, decidir cuándo es necesario disponer el procedimiento de determinación de la edad y, en su caso, cuando se requieren pruebas de naturaleza médico forense, o cuando sea suficiente con pruebas de carácter psicosocial y documental. De manera que las pruebas médico-forenses de diagnóstico de la edad sólo se realizarían cuando sean estrictamente necesarias,

⁸⁶⁰ Artículo 39 del Convenio: “Las certificaciones de las actas del registro civil expedidas por una autoridad competente en el territorio de una de las Partes Contratantes y que estén provistas de su sello oficial no necesitarán ser legalizadas para ser válidas en el territorio de la otra Parte”.

⁸⁶¹ “[E]stán contraindicados en este tipo de pericias los estudios centrados en la maduración ósea de la pelvis, como los destinados a valorar el signo de Risser en la cresta ilíaca, al someter a menores a radiación ionizante en la región pelviana, existiendo alternativas técnicas de la misma fiabilidad a estos fines”. DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p. 164.

seleccionando las que, dentro de un mismo grado de idoneidad, presenten la naturaleza menos gravosa⁸⁶².

Por otro lado, en Reino Unido, la corriente imperante que no considera adecuadas las pruebas radiológicas de determinación de la edad, tampoco las considera necesarias, identificando otras formas alternativas de determinación de la edad menos o nada lesivas con los mencionados derechos fundamentales, basadas esencialmente en estudios de carácter psicológico o social⁸⁶³.

El poco convencimiento que despiertan las pruebas radiológicas en términos de necesidad, es un hecho incontestable. De ahí el creciente interés por encontrar técnicas alternativas. El debate sigue abierto.

Proporcionalidad en sentido estricto

La última escala del *iter* argumentativo marcado por el principio de proporcionalidad, es el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto del procedimiento de determinación de la edad mediante pruebas médico-forenses. El sub-juicio consiste en una ponderación entre los beneficios derivados de la intervención legislativa sometida a escrutinio, y los perjuicios, en términos de restricción *iusfundamental*, que su aplicación entraña. En particular, en este caso, la ponderación se realizaría entre el grado de intervención del procedimiento en los derechos a la integridad física, intimidad, y libertad y seguridad y, por otra parte, el grado de consecución de la protección especial de menor (como fin mediato), que

⁸⁶² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Consulta 1/2009: “Ello obliga a un especial cuidado por parte del Ministerio Fiscal en la ponderación de la oportunidad de llevar a efecto la práctica de las pruebas de determinación de la edad, mediante la valoración de las circunstancias concurrentes y la búsqueda de la solución menos gravosa para la persona cuya edad se cuestiona”.

⁸⁶³En Reino Unido, la definición de los límites que han respetar los procedimientos de determinación de la edad, ha recaído en gran medida en los órganos jurisdiccionales. Los criterios mínimos a respetar identificados, son conocidos como “criterios Merton”. En ellos se excluye la posibilidad de utilizar radiografías en la estimación de la edad de los inmigrantes indocumentados. La conclusión general es que una estimación multiprofesional, que involucre a trabajadores sociales, educadores, pediatras y psicólogos que trabajen en centros de referencia especializados en la estimación de la edad, o en los sistemas existentes de protección de menores, representa una alternativa pragmática para obtener una decisión consensuada sobre la edad. En DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, pp. 94 y ss.

tal intervención acarrea⁸⁶⁴. De esta forma, cuanto mayor sea la afectación negativa en los derechos fundamentales referidos (es decir, cuantas más posiciones importantes adscritas al derecho se eliminen), mayor será el peso de los mismos en la ponderación. Correlativamente, cuanto mayor sea el grado de realización del principio constitucional que constituye el fin mediano del procedimiento de determinación de la edad, es decir, la protección especial del menor (o cuantas más posiciones adscritas a tal protección consiga actualizar jurídicamente el procedimiento), mayor será su peso en la ponderación⁸⁶⁵.

Al valorar el peso de éste último principio, ha de tenerse en cuenta que para disfrutar de la protección especial vinculada a la minoría de edad, es imprescindible la constatación de esta condición. Ello implica que, en los casos de inmigrantes indocumentados cuya edad dudosa no se pueda averiguar de otra forma, la estimación de la edad derivada del procedimiento, fin inmediato del mismo, se convierte en bisagra, o en **condición suficiente y necesaria**, en palabras de BERNAL PULIDO, para la realización del fin mediano o principio constitucional al que se adscribe: la protección especial del menor. Junto a esta circunstancia, que incrementa el peso de dicho principio en la ponderación, se producen otras que juegan en el mismo sentido. La primera es que, determinada la minoría de edad, el interesado accede a toda la protección, en su máximo grado de realización (es decir, a todas las posiciones adscritas a tal protección). La segunda, que la realización de la protección especial del menor posee efecto sobre la actualización judicial de otros derechos fundamentales⁸⁶⁶. En efecto, la protección específica se configura en el ordenamiento jurídico cual espectro de normas de protección de alcance general, destinadas a paliar la situación de vulnerabilidad generalizada (que afecta al ejercicio de la mayoría de los derechos fundamentales) y agravada (por el efecto exponencial de la intersección de varios factores de vulnerabilidad), en la que se encuentran los menores extranjeros solos. Por consiguiente, la protección específica proporcionada

⁸⁶⁴ En palabras de Carlos BERNAL PULIDO, “[c]onforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”, en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op.cit., p. 763.

⁸⁶⁵ *Idem*, p. 772.

⁸⁶⁶ “Cuanto mayores efectos tenga el fin inmediato de la intervención en el derecho fundamental sobre otros principios constitucionales, mayor será su fundamentalidad y por tanto, mayor el peso que debe otorgarse en la ponderación al principio constitucional al que se adscribe”, *idem*, p. 774.

al menor, promoverá el ejercicio de sus derechos fundamentales. La confluencia de estas circunstancias otorga a este principio un considerable peso en la ponderación, verdaderamente difícil de superar⁸⁶⁷.

Pero, ¿qué ocurre con “el otro lado” de la ponderación? ¿Cuál será el peso de la intervención iusfundamental derivada del procedimiento de diagnóstico de la edad, basado en la aplicación de pruebas médico forenses?⁸⁶⁸ Cabría distinguir dos posiciones iusfundamentales potencialmente afectadas de forma negativa, a saber, el derecho de toda persona a que nadie realice intervenciones en su cuerpo sin su consentimiento, y el derecho a no ser privado de libertad, si no es de acuerdo con lo previsto en la ley, y con respeto a las garantías constitucionales.

La primera de ellas constituye un supuesto de lo que se denomina “confluencia de principios”, dado que puede adscribirse a dos derechos fundamentales diferentes, a saber, el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física y moral.

Con respecto a éste último (**derecho a la integridad física y moral**, artículo 15 CE), en primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que no sólo protege la inviolabilidad de la persona, “en aquellos casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también [...] contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular”⁸⁶⁹. En este sentido, las pruebas radiológicas, calificadas por el Tribunal Constitucional de intervenciones corporales leves, inciden en la órbita del derecho⁸⁷⁰, a diferencia de otro tipo de pruebas

⁸⁶⁷ *Ibidem*.

⁸⁶⁸ Aynsley GREEN rechaza de forma absoluta la proporcionalidad en sentido estricto de las pruebas radiográficas, por considerar que éstas infligen una dosis de radiación con fines que únicamente son de interés para la Administración del Estado y no tienen ningún tipo de beneficio terapéutico para el individuo, por lo que estos métodos son “inadecuados, poco éticos y potencialmente ilegales”. Esta opinión es institucional y oficialmente aceptada en Reino Unido. Alega, además, esta corriente, que el Comité Olímpico Internacional y la FIFA también están en desacuerdo con el uso de radiografías para valorar la edad, así como la Organización Mundial de la Salud y las autoridades internacionales de energía atómica. DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p. 76. El informe cita la obra de aquél: AYNsLEY-GREEN, A. “Unethical age assessment”, en: *British Dental Journal*, abril 2009, vol. 206 n.º. 7, p. 337.

⁸⁶⁹ STC 206/2007, de 24 de septiembre, F.J. 3, que sigue: “por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”.

⁸⁷⁰ STC 206/2007, F.J. 3: “En relación a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) sobre el cuerpo del imputado o de terceros, hemos declarado que en “las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.),

comúnmente utilizadas, como las de carácter psicológico o social, o las exploraciones físicas, que no la afectan.

En segundo lugar, el alto Tribunal ha dejado claro que el consentimiento informado es un elemento inherente al derecho a la integridad física y moral⁸⁷¹, por lo que toda intervención corporal debería estar, o bien consentida por el titular del derecho, o bien respaldada por autorización judicial en base a una previsión legal y respetando los postulados del principio de proporcionalidad⁸⁷².

Pues bien, la legislación de extranjería, al regular el procedimiento de determinación de la edad, ni siquiera menciona el consentimiento informado para la práctica de las pruebas medico-forenses. A la luz de la jurisprudencia constitucional, la omisión es inadmisibles⁸⁷³, por lo que deberá ser solventado en la hipotética regulación legal del procedimiento.

No obstante, atendiendo a la aplicación efectiva del procedimiento, y a pesar de no estar contemplado en la regulación del mismo, recientemente se está requiriendo el consentimiento del menor, por escrito, para proceder a la práctica de las pruebas⁸⁷⁴. El llamado “acta de consentimiento” constituye un documento en el que de forma muy escueta se informa al extranjero de la necesidad de someterse a

con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa”.

⁸⁷¹ El Tribunal considera que el consentimiento informado constituye parte del contenido constitucional de tal derecho, por constituir una facultad imprescindible para su defensa, definiéndolo como una especie de “derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal”, en STC 37/2011, de 28 de marzo, F.J.5 y F.J. 3.

⁸⁷² Respecto a las intervenciones corporales en el ámbito médico: STC 37/2011, F.J. 3.

⁸⁷³ STC 37/2011, F.J.4: “De ahí que el legislador deba establecer [...] los mecanismos adecuados para la prestación del consentimiento del sujeto que se ha de ver sometido a una intervención médica, así como los supuestos que, desde una perspectiva constitucional permitirían prescindir del mismo”. En su F.J 6 continúa: “No obstante, las posibles limitaciones al derecho han de fundarse en una previsión legal justificada constitucionalmente, en la que se concreten con precisión los presupuestos materiales de la medida limitadora, sin emplear criterios de delimitación imprecisos o extensivos que puedan hacer impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga”. También incide en la necesidad de regulación legal del consentimiento informado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando al reconocer el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obliga a respetar, en el marco de la medicina y la biología “el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley” [apartado 2 a)]”.

⁸⁷⁴ La práctica debe ser reciente porque no aparece reflejada en el Informe específico del DEFENSOR DEL PUEBLO, de 2011, donde se sostenía que no había constancia de que se recabara el consentimiento informado de los inmigrantes indocumentados para la realización de las pruebas de determinación de la edad. (*¿Menores o adultos?...op.cit.*, p. 171). Estimamos que la práctica ha podido ponerse en marcha a raíz de la publicación de este Informe.

las pruebas radiológicas para poder acceder a la protección que le correspondería como menor desamparado, añadiendo que la denegación del consentimiento se interpretará como indicio de mayoría de edad⁸⁷⁵. Sin embargo, a tenor de las exigencias doctrinales, jurisprudenciales e institucionales respecto a la práctica del consentimiento informado, el acta parece insuficiente.

Y es que este derecho (consentimiento informado) integra a su vez otros dos: el consentimiento y la información, que están “tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la correcta satisfacción del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”⁸⁷⁶.

En el ámbito de la determinación de la edad, esta exigencia se plasmaría en la necesidad de que se explique minuciosa y comprensiblemente al presunto menor en qué consiste la prueba, cuáles van a ser los efectos, qué naturaleza tiene y cuáles son las consecuencias derivadas de su negación⁸⁷⁷. Habría que incidir tanto en los aspectos médicos de la prueba (utilidad científica para determinar la edad, realización de acuerdo con la *lex artis* y por personal facultativo cualificado, el riesgo residual que supone para la salud y carácter indoloro⁸⁷⁸); como en los aspectos jurídicos de la misma (valoración legal de su margen de error, consistente en la elección de la edad inferior dentro del rango definido por la horquilla; inexistencia de alternativa igual de eficaz pero menos intrusiva; necesidad de contar con su consentimiento informado para practicarla; alta probabilidad de que su hipótesis negativa a someterse a la prueba sea interpretada como indicio de mayor edad; y consecuencias en cuanto a su tratamiento jurídico derivadas del resultado de la

⁸⁷⁵ En concreto, el acta de consentimiento que se entrega en la Comunidad de Madrid, reza como sigue: “A la vista de la información aportada en el expediente de protección, existen dudas razonables con respecto a la edad del interesado que solicita la protección de la CMT de la CM como menor de edad en situación de desamparo. Por ello, se le informa de la necesidad de someterse a pruebas radiológicas que no entrañan ningún riesgo para la salud. En este mismo acto se le informa que de acuerdo con las instrucciones emitidas por la Fiscalía General del Estado en esta materia, el no consentimiento en la realización de las pruebas podría ser valorado como un indicio poderoso del intento por ocultar su condición de mayor de edad”.

⁸⁷⁶ STC 37/2011, FJ.5.

⁸⁷⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos...* *op.cit.*, pp. 101 y 102.

⁸⁷⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Consulta 1/2009, *op.cit.*

prueba⁸⁷⁹). Pues bien, como se ha comprobado, casi ninguna de estas exigencias aparece reflejada en el acta de consentimiento. Asimismo, parece que no existen modelos de acta en idiomas distintos al castellano. Y no está claro quién proporciona al menor el documento⁸⁸⁰.

Respecto a los efectos derivados de la denegación de consentimiento, en su Consulta 1/2009, la Fiscalía hace una analogía con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en materia de pruebas de paternidad, en virtud de lo cual, la negativa injustificada a someterse a las mismas puede valorarse en el caso concreto como indicio de paternidad⁸⁸¹. La Fiscalía precisa que, si bien la injustificada denegación del consentimiento ante el procedimiento de determinación de la edad, podría considerarse un indicio de mayoría de edad, éste siempre debería ser valorado conjuntamente con otras pruebas⁸⁸². Asimismo, recuerda la importancia de proporcionar al menor la oportunidad de explicar las razones que le llevan a denegar el consentimiento, comprobar su predisposición a someterse a pruebas alternativas, etc., afirmando que el Fiscal, como garante de los derechos del menor, tiene la responsabilidad de evitar que razones externas al ocultamiento de la edad, como un posible temor ante las pruebas médicas, priven a un verdadero menor de la protección que merece. No obstante, en el acta de consentimiento que el Fiscal proporciona al presunto menor, se advierte de que la negativa podría valorarse como un indicio “poderoso” de mayoría de edad. Y en la práctica, tal negativa lleva

⁸⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁸⁰ Si bien en el acta aparece como “informante” el Director de la residencia de protección, en las entrevistas realizadas a Alberto Rodríguez García, Jefe del Grupo de Menas y Pateras de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras; y a Lourdes Reyzábal, presidenta de la Fundación RAICES), se informa de que es, o bien el Fiscal, o bien la policía, quien solicita el consentimiento al presunto menor.

⁸⁸¹ STS 55/2001, de 26 de febrero.

⁸⁸² La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su Consulta 1/2009, calificó el sometimiento a tales pruebas de “carga” que recae sobre el presunto menor, *ex* artículo 35 de la Ley de Extranjería, para acceder a la correspondiente protección especial. Añade que “en caso de negativa del presunto menor a someterse a la realización de la prueba radiológica o de cualquier otra prueba médica que afecte a ese mismo derecho, el Fiscal no puede imponer su práctica, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor”, pero “la negativa [...] puede ser tenida en cuenta como un indicio más en orden a determinar la edad del afectado por la medida. Para ello habrán de ponderarse todos los datos obrantes en el expediente”.

aparejado que se fije la mayoría de edad mediante decreto del Fiscal⁸⁸³, incluso aunque existan documentos públicos que acrediten lo contrario.

Por otra parte, aunque el consentimiento informado esté íntimamente relacionado con el mencionado derecho del menor a ser escuchado⁸⁸⁴, ambos derechos no son lo mismo. Aquél está provisto de la “fundamentalidad” que le otorga el formar parte del contenido del derecho a la integridad física, mientras que el derecho a ser oído, sólo alcanza transcendencia constitucional al integrarse en el derecho a la tutela judicial efectiva; y como ya se ha explicado, no es éste el caso.

Pero ¿cabría, en ausencia de consentimiento informado, disponer judicialmente la determinación médico-forense de la edad⁸⁸⁵? En virtud de la jurisprudencia constitucional al respecto, la respuesta parece afirmativa, siempre que exista previsión legal habilitante y que la resolución del juez se ajuste al principio de proporcionalidad⁸⁸⁶. Esta posibilidad complementaría la respuesta a la cuestión planteada más arriba, respecto a los efectos de la denegación del consentimiento informado por parte del inmigrante indocumentado. En caso de que el Fiscal no considere posible deducir una estimación de la edad atendiendo a otros datos, podría recurrir al juez para que autorice la realización de las pruebas en cuestión⁸⁸⁷, especialmente cuando existan indicios contradictorios respecto a la edad de un inmigrante indocumentado, y éste se niegue a someterse al procedimiento de determinación de la edad. Por más que las dudas razonables respecto a la edad deban interpretarse siempre en favor del menor, pueden darse supuestos en los que la negación del consentimiento por motivos que disten de ser transparentes, pueda inclinar la balanza, junto a los indicios de mayor edad, hacia dicha hipótesis, por lo

⁸⁸³ Así ocurrió en todos los casos de negativa analizados por el DEFENSOR DEL PUEBLO. En *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p. 154.

⁸⁸⁴ El DEFENSOR DEL PUEBLO los identifica, en *¿Menores o adultos?...op.cit.*, p. 130. La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su Consulta 1/2009, apartado tercero, parece hacer lo mismo al afirmar que: “en cualquier caso, sobre el consentimiento del menor, debe recordarse el derecho del mismo a ser oído si tiene suficiente juicio, como apuntan...y el artículo 9,3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, que establece que el menor que ha cumplido doce años debe ser oído y que no cabe el consentimiento por representación una vez alcanzada la edad de 16 años.”

⁸⁸⁵ En defensa de la necesidad de autorización judicial para la práctica de las pruebas: RUIZ LEGAZPI, A.: “La determinación de la edad de los extranjeros...*op.cit.*”, pp. 159 y ss.

⁸⁸⁶ Sobre los requisitos de legitimidad de las intervenciones en la integridad personal sin consentimiento del sujeto: CANOSA USERA, R.: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 233-258.

⁸⁸⁷ En este sentido: SUÁREZ RICO, A.: “Determinación médico forense de la edad...*op.cit.*”, p. 272.

que en favor de su propio interés, y de una mayor seguridad jurídica, se justifique que un juez disponga la realización de las pruebas.

Para finalizar con lo relativo al derecho a la integridad física y moral, destacar que su contenido está integrado por ciertas facultades de carácter absoluto, que no son otras que el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, frente a las que no cabe ponderación posible.

La conclusión hasta el momento es que se superaría el subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto respecto al derecho a la integridad física, siempre que medie consentimiento informado del menor, o bien autorización judicial (en base a una ley, y respetando, a su vez, el juicio de proporcionalidad aplicado al caso concreto).

En segundo lugar ha de analizarse, desde la óptica de la proporcionalidad en sentido estricto, la intervención en el **derecho a la intimidad** que supone la afección a la posición jurídica en virtud de la cual toda persona tiene derecho a que nadie realice intervenciones en su cuerpo sin su consentimiento, derivada del procedimiento de determinación de la edad mediante pruebas de carácter médico-forense.

El derecho a la intimidad “confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”⁸⁸⁸. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado (en relación con las diligencias de investigación o actos de prueba practicables en el curso de un proceso penal) que las intervenciones corporales pueden conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido de este derecho, “no tanto por el hecho en sí de la intervención (que, en su caso, afecta al derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, si se trata de información referente a la esfera de la vida privada y que el sujeto puede no querer desvelar”⁸⁸⁹. Siguiendo con la jurisprudencia del alto Tribunal, aquella intervención sólo será constitucionalmente legítima si está fundada “en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada”, o bien si existe “un

⁸⁸⁸ STC 206/2007, F.J. 4

⁸⁸⁹ STC 206/2007, F.J. 4 y F.J.5.

consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”⁸⁹⁰.

La exigencia de previsión legal no es más una concreción, para el caso del derecho a la intimidad, de la garantía general de la reserva de ley para intervenir en los derechos fundamentales, que no hace sino volver a constatar la necesidad de una regulación legal del procedimiento, o al menos de las intervenciones iusfundamentales que comporta⁸⁹¹.

Asimismo, siguiendo con lo establecido respecto a las intervenciones corporales por el alto Tribunal, por lo general, la medida restrictiva habrá de acordarse por resolución judicial motivada (se entiende que se refiere a situaciones en las que no medie consentimiento), si bien, excepcionalmente, “la Ley puede autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad”⁸⁹². No obstante, en el contexto de las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros solos, no existe tal urgencia, por lo que se descarta la posibilidad de habilitación legal a la policía.

Por tanto, igual que en el caso de la intervención del derecho a la integridad física, la afección a la intimidad en estos términos se podrá realizar legítimamente, bien habiendo obtenido un consentimiento eficaz, o bien mediante autorización judicial, y siempre de acuerdo a la ley, por lo que la regulación legislativa que se propone habría de contemplar, necesariamente, dicha habilitación.

⁸⁹⁰STC 206/2007, F.J. 5.

⁸⁹¹ Como explica el Tribunal Constitucional (STC 206/2007, FJ 5) aludiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; *caso Leander*, de 26 de marzo de 1987; *caso Gaskin*, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, *caso Funke*, de 25 de febrero de 1993; *caso Z*, de 25 de febrero de 1997), respecto al artículo 8, el Convenio exige que “las limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito. La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga”.

⁸⁹² STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

En tercer lugar, ha de examinarse la legitimidad constitucional de la afección al **derecho a la libertad y seguridad** del artículo 17 CE proveniente del procedimiento de determinación de la edad mediante pruebas médico-forenses. No ha perderse de vista, en este análisis, que es el tercer derecho fundamental afectado por aquel procedimiento, lo que refleja la problematicidad del mismo.

A partir del momento en que el Fiscal dispone la realización de las pruebas médico-forenses de determinación de la edad, el *modus operandi* habitual es que la policía acompañe al menor al centro sanitario donde aquéllas se le van a practicar, y permanezcan allí hasta que el médico o radiólogo envíe los resultados al Ministerio Fiscal y éste emita el decreto de determinación de la edad. En ese ínterin, el extranjero indocumentado se encuentra retenido por la policía, lo que constituye una privación de libertad.

Tanto la doctrina, como la Fiscalía General del Estado, han considerado la situación análoga a la contemplada en el artículo 20.2 de la *Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana*⁸⁹³, que recoge la retención en dependencias policiales a los efectos de realizar las diligencias de identificación, cuando ésta no haya sido posible en la vía pública. Sin embargo, la privación de libertad del menor durante la práctica de las pruebas de determinación de la edad no parece subsumible en dicho precepto, puesto que, mientras que la finalidad expresa de aquélla norma es evitar la comisión de un delito o de una falta, o sancionar un ilícito administrativo, como el de carecer de la preceptiva documentación⁸⁹⁴, la finalidad del procedimiento de estimación de

⁸⁹³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en su Instrucción 2/2001, *op.cit.*; RUIZ LEGAZPI, A.: “La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados”, *op.cit.*, p. 164; GUTIERREZ ROMERO, F.M: “Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados... *op.cit.*, p. 96. Artículo 20.2 de la Ley LO 1/1992, *de Protección de la Seguridad Ciudadana*: “De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible”.

⁸⁹⁴ Con respecto a la finalidad del precepto, el Tribunal Constitucional explica que “[a]unque el precepto se refiera, como decimos, “a los mismos fines del apartado anterior” (que son los genéricos de “protección de la seguridad”), es lo cierto que la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal “para impedir la comisión de un delito o falta”) o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una “infracción” administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación

la edad no es otra que identificar al presunto menor para poder brindarle la debida protección. No cabe analogía entre ambas situaciones, por lo que no cabe aplicar a la privación de libertad del menor derivada de la práctica de las pruebas de diagnóstico de la edad lo previsto en el artículo 20.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, sino que aquélla habría de ser abordada legislativamente de manera específica, atendiendo a sus peculiaridades, y estableciendo las garantías pertinentes en función de la finalidad, naturaleza y duración de la situación de privación de libertad⁸⁹⁵.

¿Es constitucionalmente legítima la privación de libertad del menor para practicarle pruebas orientadas a determinar su edad? *Lege ferenda*, ¿cuáles de las garantías del artículo 17 CE habrían de aplicarse a esta modalidad de privación de libertad?

Valorar la legitimidad constitucional de la privación de libertad en el marco del procedimiento de determinación de la edad y, en su caso, las garantías que deberían rodearla, exige un juicio autónomo de proporcionalidad, que se insertaría dentro del que se está aplicando al procedimiento mismo (de determinación de la edad mediante pruebas médico-forenses). Es decir, se realizará en este punto una suerte de metaponderación destinada a valorar la legitimidad constitucional de la medida de la privación de libertad destinada a la determinación de la edad.

Ha de evaluarse para ello, en primer lugar, la legitimidad constitucional de la finalidad de la medida. En este sentido, la finalidad inmediata de la privación de libertad no es otra que asegurar que se practiquen las pruebas de determinación de la edad. Por lo que la mediata es la misma que la del procedimiento que se trata de facilitar, a saber, determinar la edad del extranjero indocumentado, con el objetivo último de evitar la desprotección del menor. Ambas finalidades son legítimas, y la mediata es, incluso, **constitucionalmente ordenada**. En segundo lugar, ¿es la privación de libertad del presunto menor una medida **adecuada** para asegurar la

surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad” (STC 341/93, de 18 de noviembre, FJ5).

⁸⁹⁵“El ámbito de discrecionalidad del legislador para configurar otros casos de privación de libertad debe ser objeto de control de constitucionalidad a la luz de los criterios que inspiran las garantías dispuestas en los apartados dos y tres de este precepto y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate”, en STC 341/1993, F.J.6.

realización de las pruebas de determinación de la edad? La respuesta es afirmativa: sí, lo es, puesto que, al impedir las fugas, asegura la realización de las pruebas.

Por otra parte, ¿es **necesario** privar de libertad al presunto menor para asegurar la realización de las pruebas? En los casos en los que se ha requerido autorización judicial para la práctica de aquéllas, por no contar con el consentimiento del menor, parece que sí puede ser necesario. La misma resolución judicial debería autorizar, en estos casos, la retención del menor hasta la obtención de los resultados de las pruebas. Sin embargo, en los supuestos en los que el presunto menor ha prestado su consentimiento informado para la realización de las pruebas, *a priori* no parecería imprescindible privarles de libertad. En todo caso, la “necesidad” debería evaluarse caso por caso, de manera individualizada.

En cuanto a la **proporcionalidad en sentido estricto** de la medida, habría que realizar una ponderación entre el grado de afectación de la privación de libertad y seguridad, y el grado de consecución de la protección del menor.

Para determinar lo primero, es decir, el grado de afectación negativa del derecho a la libertad y a la seguridad, hay que atender a las garantías del mismo que vincularían en este caso, y si se están respetando. En este sentido, al menos tres de las garantías previstas por el artículo 17 CE son de aplicación en cualquier supuesto de privación de libertad, a saber: limitación al tiempo estrictamente necesario⁸⁹⁶; información al interesado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal privación de libertad; y *habeas corpus*⁸⁹⁷.

Asimismo, estimamos que la asistencia jurídica del menor es una garantía imprescindible en el procedimiento. Y ello no sólo por la privación de libertad que

⁸⁹⁶STC 341/1993, FJ6: “El art. 17.2 expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera “casos” (art. 17.1) de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, puedan ser dispuestos por el legislador”.

⁸⁹⁷ Con respecto a la privación de libertad dispuesta en el artículo 20.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, el Tribunal Constitucional declara que “el instituto del *habeas corpus* (art. 17.4 C.E.) [...] protegerá al afectado por estas medidas de identificación frente a toda posible desvirtuación de su sentido y también, por lo tanto, frente a una eventual prolongación abusiva de la permanencia en las dependencias policiales” (STC 341/1993, FJ.6). El razonamiento es plenamente aplicable al supuesto de las pruebas de determinación de la edad. La STC 21/1996, de 12 de febrero, FJ.6, alude a “la especial naturaleza de este procedimiento [*habeas corpus*], cuyo fin inmediato es el de corregir las situaciones de privación de libertad afectas de alguna ilegalidad”, por lo que “comprende potencialmente todos los supuestos en que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez”.

implica, sino por razones que atienden al procedimiento en general, como se analizará enseguida.

Atendiendo a la concreta afectación negativa a la libertad y seguridad, y tomando en consideración el estado actual de las cosas, en el que la edad se determina, la mayor parte de las veces, con la realización de una simple radiografía en los servicios de urgencias de un centro sanitario, y además con carácter prioritario⁸⁹⁸; estimamos que la espera de unas horas en tal situación no constituye un sacrificio de la libertad y seguridad del interesado tan potente como para batir, en una ponderación, a las finalidades perseguidas, es decir, el aseguramiento de la práctica de las pruebas de determinación de la edad (inmediata) para evitar la desprotección (mediata). Ahora bien, debería establecerse un tiempo máximo (muy inferior a las 72 horas), de manera que, en caso de sobrepasarlo, el menor pudiera esperar la resolución instalado en un centro de protección de menores.

No obstante, si se atiende a la duración del procedimiento que derivaría de la aplicación de un método holístico para la determinación de la edad, que comprendería la realización de diversas pruebas, valoradas desde un enfoque multidisciplinar, y en el que preponderarían las pruebas de naturaleza psicosocial y jurídica frente a las de carácter médico-forense; la conclusión variaría, puesto que, con todo ello, el procedimiento de determinación de la edad podría alargarse considerablemente. En este caso, por más que se limitara la práctica de las diversas pruebas y la intervención de los diversos profesionales, a un número limitado de días, privar de libertad al presunto menor hasta que el procedimiento se resolviera constituiría un sacrificio tan fuerte de la libertad y seguridad del presunto menor, que no consideramos pueda preponderar frente a la finalidad inmediata de facilitar la práctica de las pruebas, máxime cuando, incluso, un supuesto de fuga, no evitaría que en una ocasión futura se pudiera incoar el procedimiento. Parece más razonable, en este contexto, la alternativa de que los extranjeros indocumentados en situación de edad dudosa, sean instalados provisionalmente en centros de primera acogida de menores mientras se les realicen las distintas pruebas, hasta que el Fiscal emita el decreto de determinación de la edad. Para evitar los perjuicios de juntar a menores

⁸⁹⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos?...op.cit.*, pp. 98-99, que añade que dicha urgencia no debe impedir que se realicen las verificaciones preliminares necesarias, para evitar la duplicidad de las pruebas radiológicas, pues esto es algo que ocurre en la práctica.

con potenciales adultos, podría habilitarse una sección para estos casos en los centros de acogida. No sería, por ende, constitucionalmente legítimo prolongar la privación de libertad durante todo el procedimiento de determinación de la edad basado en un método holístico, por más que se dedique, al mismo, el tiempo mínimo imprescindible⁸⁹⁹.

Por último, junto a las garantías defendidas, vinculadas a los distintos subjuicios que integran el principio de proporcionalidad, existen otras dos que, de forma transversal, aportan legitimidad constitucional al procedimiento de estimación de la edad, globalmente considerado. La primera es la asistencia jurídica gratuita. Sin perjuicio de que más abajo se analice autónomamente la compleja cuestión de la representación y asistencia letrada al menor no acompañado en los procedimientos administrativos y judiciales en los que se vea involucrado por su condición de extranjero; no se puede dejar de mencionar en este punto la necesidad de asistencia letrada en el procedimiento de estimación de la edad⁹⁰⁰, a pesar de que la Fiscalía General del Estado opine lo contrario⁹⁰¹. Y ello no sólo porque, en el marco de aquellos procedimientos, se considere un atributo indispensable del derecho a ser oído, sino también por el potencial conflicto de intereses que puede surgir en un procedimiento en el que, el órgano competente de resolver, el Ministerio Fiscal, es también el encargado de velar por el supremo interés del menor. Además, el hecho de que no se garantice este derecho, entraña un agravio comparativo con respecto a los extranjeros mayores de edad, pues éstos tienen derecho a asistencia jurídica gratuita en todo procedimiento administrativo que pueda conllevar su expulsión⁹⁰².

⁸⁹⁹ En sentido contrario, a favor del internamiento en el centro de protección de menores, en casos de dilación en la emisión de resultados de las pruebas de determinación de la edad, para evitar la fuga de los presuntos menores: RUIZ LEGAZPI, A.: “La determinación de la edad...*op.cit.*”, p. 166.

⁹⁰⁰ Esta constituye ya una reivindicación clásica del DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe sobre asistencia jurídica gratuita a extranjeros* (2005); *Menores o adultos? ...op.cit.* En este último, se insiste en la necesidad de que el interesado en un procedimiento de determinación de la edad cuente con asistencia letrada desde el inicio de las diligencias, ya que “[e]l conflicto de intereses en estos casos queda patente desde un inicio” (p. 170). La COMISIÓN EUROPEA ha reclamado que un tutor acompañe al supuesto menor en dicho trámite. En *Plan de Acción sobre menores no acompañados*, p. 12.

⁹⁰¹ En su Instrucción 2/2001, sostiene que no es precisa la asistencia de abogado en el procedimiento de determinación de la edad, pese a tratarse de una diligencia policial, “ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el art. 520.2.c) LECr limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido, sin que obviamente el presente caso sea incardinable en ninguno de ambos supuestos”.

⁹⁰² Artículo 22. 2 de la Ley de Extranjería.

Si bien el procedimiento de determinación de la edad no puede terminar en expulsión, ésta puede ser una de las consecuencias automáticas si se resuelve que el interesado es mayor de edad.

En segundo lugar, existe un instrumento cuyo eficaz funcionamiento incrementaría la legitimidad constitucional del procedimiento de determinación de la edad, reduciendo la afectación negativa de los derechos y principios constitucionales afectados: el ya mencionado *Registro de Menores No Acompañados*. En dicho instrumento, regulado el Reglamento de Extranjería⁹⁰³, coordinado por el Ministerio Fiscal, y ubicado en la Dirección General de Policía, ha de constar, entre otros datos identificativos⁹⁰⁴, la edad del menor, incluso la “decretada” como consecuencia de un procedimiento orientado a su determinación. La correcta inscripción de los menores evitaría, entre otras cosas, duplicidades en la práctica de las pruebas, eludiendo de este modo radiaciones e interferencias iusfundamentales innecesarias, y velando por la seguridad jurídica, que se ve gravemente amenazada por decretos de determinación de la edad contradictorios entre sí. En este sentido, el Registro constituye un instrumento imprescindible para la coordinación de todas instituciones que intervienen en el procedimiento⁹⁰⁵.

⁹⁰³ Artículo 215.1 RE: “En la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil existirá un Registro de Menores No Acompañados, con efectos exclusivos de identificación, que estará coordinado por la Fiscalía General del Estado, para el cumplimiento de las competencias que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal por el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en el ámbito de su función de garantía y protección del interés superior del menor [...]”.

⁹⁰⁴ Artículo 215 RE: “[...]El Registro contendrá en asientos personales, individualizados y numerados, los siguientes datos referentes a la identificación de los menores extranjeros no acompañados, documentados e indocumentados, cuya minoría de edad resulte indubitada desde el momento de su localización o haya sido determinada por Decreto del Ministerio Fiscal: a) Nombre y apellidos del menor, nombre y apellidos de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de Procedencia b) Tipo y numeración de la documentación identificativa del menor. c) Su impresión decadalactilar, datos fisonómicos y otros datos biométricos d) Fotografía. e) Datos relativos a la edad indubitada del menor o de la edad establecida por Decreto inicial del Ministerio Fiscal. En su caso, datos modificados por posterior Decreto. f) Centro de acogida o lugar de residencia. g) Organismo público u organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores bajo cuya tutela se halle h) Traslados del menor entre Comunidades Autónomas i) Reconocimiento de su condición de asilado, protegido o víctima de trata j) Fecha de solicitud de la autorización de residencia k) Fecha de concesión o denegación de la autorización de residencia l) Cualesquiera otros datos de relevancia que, a los citados efectos de identificación, estimen necesarios el Ministerio Fiscal o la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil[...]”.

⁹⁰⁵ El COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO ha subrayado la necesidad de que España refuerce su mecanismo de reunión y análisis sistemático de datos desglosados, entre otras cosas, por edad, sexo y origen étnico, de todas las personas menores de 18 años y respecto de todos los ámbitos incluidos en la Convención, haciendo especial hincapié en los niños romaníes, los migrantes, los

No obstante, si bien desde el año 2010 el funcionamiento de dicho Registro ha mejorado notablemente, éste todavía está aquejado de algunos de los problemas minaron su operatividad durante años⁹⁰⁶. Según la Policía, ello se debe a falta de colaboración de los centros de menores en cuanto a la notificación de la detección de menores no acompañados, por lo que habría menores que, por no haber pasado por dependencias policiales y acudir directamente a los centros de protección, no aparecerían en el Registro. Otras veces, aduce también la Policía, no se les notifican las transferencias o derivaciones a otros centros de acogida, ni se denuncian las fugas de menores⁹⁰⁷. Por su parte, los fiscales achacan la inoperatividad del Registro a que éste no cuenta con un servicio 24 horas⁹⁰⁸.

No obstante, y dada la movilidad de los menores no acompañados por Europa, a la que ya se ha aludido, el problema de su identificación y registro alcanza otra dimensión, por lo que sería necesario un registro a nivel europeo.

En conclusión, el procedimiento de determinación de la edad mediante pruebas de naturaleza médico forense es constitucionalmente legítimo siempre que se respeten las garantías identificadas como necesarias al hablar de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como las dos de carácter transversal; y siempre que se realice una plasmación legal de todo ello. De ser así, el grado de afección negativa a los derechos fundamentales sería tolerable, y la balanza podría inclinarse, siempre que se respetara, también en el caso concreto, la proporcionalidad, a favor de la protección constitucional del menor emanada de la aplicación del procedimiento en cuestión. El cumplimiento de las citadas garantías

extranjeros no acompañados y los pertenecientes a hogares desfavorecidos desde el punto de vista económico y social. Sesión nº55, *Observaciones Finales*: España, 3 de noviembre de 2010 (CRC/C/15/Add.185).

⁹⁰⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Instrucción 1/2012; DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe Anual a las Cortes Generales 2011*, p. 431. Prueba de ello es la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, el 11 de junio de 2013, que parece no ser ni siquiera consciente de la existencia y virtualidad del Registro: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a establecer una base de datos específica de ámbito nacional en la que deberán ser registrados todos aquellos menores de edad indocumentados, que sean interceptados al intentar acceder de manera irregular a territorio nacional, reforzando los protocolos de coordinación existentes entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las policías autonómicas y locales».

⁹⁰⁷ Miguel Ángel Borreguero Martín, Jefe de la sección operativa de la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones dependiente de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p. 98.

⁹⁰⁸ *Idem*, p. 102.

constituiría, en palabras de BERNAL PULIDO, la “regla de precedencia condicionada” en la ponderación⁹⁰⁹, que inclinaría la balanza a favor de la protección especial del menor dimanada de la práctica de las pruebas.

Una vez determinada la minoría de edad del inmigrante indocumentado, éste se pondrá a disposición de los servicios de protección, donde se le informará sobre su derecho a la protección internacional.

3. El procedimiento de repatriación.

3.1. Descripción sintética del procedimiento.

La repatriación al país de origen, o a aquél donde residan los familiares, constituye una de las dos soluciones duraderas que el ordenamiento jurídico prevé para el menor no acompañado, siendo la segunda, su permanencia en el circuito español de protección de menores. Como se constatará en seguida, será el criterio del interés superior del menor el que incline la balanza por una de las dos opciones.

A pesar de constituir una medida de protección del menor, la repatriación se regula en sede de extranjería (art. 35.5 LE y artículos 191-195 RE). Además, el ente competente de incoar, tramitar y resolver el procedimiento, es, como ya se expuso, la Delegación o Subdelegación de Gobierno.

La adopción de la solución duradera más conveniente para el menor ha de venir precedida por un periodo de indagación sobre la identidad del menor (mediante la solicitud de su pasaporte o documento asimilado al consulado de su país de origen, o su obtención con apoyo de la red familiar o social que el menor posea en dicho país, por ejemplo) y sobre las circunstancias familiares y socio-económicas que dejó atrás en su país de origen. Están obligados a indagar, tanto la entidad de protección, cuya proximidad al menor le sitúa en posición privilegiada

⁹⁰⁹ BERNAL PULIDO, C.: El *principio de proporcionalidad...op.cit.*, p. 765.

para ello; como la Delegación o Subdelegación de Gobierno, que solicitará información, no sólo a aquélla (entidad de protección), sino también a la representación diplomática en España del país de origen, y en caso de que éste no cuente con dicha representación, a las autoridades del Estado en cuestión⁹¹⁰. Éstas pueden decidir sustituir el informe sobre la filiación y circunstancias familiares del menor, por otro sobre el servicio de protección de menores en el Estado en cuestión (que debe acompañarse del compromiso expreso, por parte de dicho servicio, de acoger al menor)⁹¹¹.

Cuando después de este primer rastreo, la repatriación se presente como la opción más conveniente para el menor, y sea posible practicarla con todas las garantías, la Delegación o Subdelegación incoará el procedimiento. Por el contrario, si de la indagación inicial parece derivarse que lo más conveniente es la permanencia del menor en España, éste ha de ser regularizado. Sin perjuicio de ello, la repatriación podrá incoarse en cualquier momento posterior, aunque inicialmente se hubiera descartado⁹¹².

La incoación del procedimiento debe **notificarse** al menor, a su representante, y al Ministerio Fiscal, incluyendo las razones de tal incoación y los derechos que le asisten. Siguen diez días de **alegaciones**, en los que cualquiera de los notificados podrá alegar y proponer las pruebas que estimen pertinentes, pudiendo la Delegación o Subdelegación disponer un periodo de prueba para practicar aquéllas que considere relevantes. Debe respetarse el derecho del menor a ser oído; en concreto, si el menor es mayor de dieciséis años, podrá actuar por sí mismo o por el representante que elija. Si es menor de esa edad, la entidad protectora le representa. Y si, siendo menor de dieciséis, pero presentando juicio suficiente (lo que la ley presume a partir de los 12 años), manifiesta una voluntad

⁹¹⁰ Artículo 191.3 del Reglamento.

⁹¹¹ Artículo 191.5 RE. Ángeles LARA AGUADO afirma, creemos que acertado juicio, que en virtud de esta regulación, la función original del informe, que era la de conocer las circunstancias familiares del menor, puede quedar “distorsionada al atribuir a la representación diplomática del país de origen la decisión de sustituir esta información por la relativa a sus servicios de protección”. En “Artículo 35: Menores no acompañados”, *op.cit.*, p. 613.

⁹¹² Artículo 35.8 de la Ley de Extranjería: “La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor”.

contraria a la de la entidad protectora, se nombrará un defensor judicial para que represente sus intereses⁹¹³.

Durante el plazo de alegaciones, la Delegación recaba un informe sobre la situación del menor en España de la entidad protectora bajo cuyo cuidado se encuentre. Ésta aportará también, si es que no lo había hecho antes, la información con la que cuente sobre la identidad del menor, su familia y sus circunstancias en el país de origen. Asimismo, el Ministerio Fiscal emite también un informe, que habrá de ser tenido en cuenta por la Administración General del Estado, lo que supone una garantía adicional a favor del menor frente a la exclusividad de opinión que ostentaba antes, en este sentido, la entidad protectora (193.2 y 4 RE).

A continuación se celebra el **trámite de audiencia**, en el que el menor con suficiente juicio expresa su opinión sobre su posible repatriación, estando presentes el Ministerio Fiscal, el tutor y, en su caso, el representante o el defensor judicial del menor (194 RE).

Después de ello, “el Delegado o Subdelegado del Gobierno resolverá, de acuerdo con el **principio de interés superior del menor**, sobre la repatriación del menor a su país de origen o donde se encuentren sus familiares o sobre su permanencia en España. La resolución establecerá si la repatriación será realizada en base a la reagrupación familiar o mediante su puesta a disposición de los servicios de protección del menor de su país de origen”⁹¹⁴.

⁹¹³ Artículos 35.6 de la Ley de Extranjería y 193.1 de su Reglamento. Esta regulación es fruto de la reforma de la Ley de Extranjería operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que incorpora a aquélla la doctrina emanada de la ya mencionada STC 183/2008, en la que el Tribunal incluye en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (en su vertiente de acceso a la jurisdicción), el derecho del menor “con capacidad y madurez suficiente [a] instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal”(F.J 5); o bien, cuando carezca de capacidad pero demuestre juicio suficiente, que le sea nombrado un defensor judicial para la defensa de sus intereses, cuando éstos entran en conflicto con los defendidos por su representante legal.

⁹¹⁴ 194.2. RE. Por primera vez en la regulación del procedimiento, el legislador abre la puerta a que la repatriación se pueda realizar, en lugar de al país de origen, al país en el que se encuentren sus familiares. Esta segunda alternativa no fue mencionada al regular las fases relativas al acopio de información sobre las circunstancias familiares. Por analogía, se entiende que, de considerar la segunda opción como destino de la hipotética repatriación, las indagaciones se deberán focalizar en las circunstancias familiares o condiciones de los servicios de protección de dicho país, dirigiéndose a las autoridades del mismo para obtener dicha información. Por seguridad jurídica, sería conveniente que esta precisión se hiciera explícita en el texto legal.

La resolución del procedimiento de repatriación inscripción, que pone fin a la vía administrativa, debe inscribirse en el Registro de Menores no Acompañados, y notificarse, en el plazo de 10 días, al menor (o a su representante), a su tutor, y al Ministerio Fiscal.

La Policía Nacional ejecutará la repatriación, en la que menor debería ir acompañado por personal de la entidad protectora (195.1RE). El Estado financia subsidiariamente la repatriación, si es que los padres del menor o el Estado de origen no se hacen cargo de la misma. No obstante, el Estado no cubre los gastos del personal de la entidad protectora que acompañe al menor, lo que en la práctica supone que no vayan⁹¹⁵, es decir, vaciar de contenido lo que pretendía ser una garantía en favor del menor.

En caso de que el menor se encuentre inmerso en un procedimiento jurisdiccional, la ejecución de la repatriación dependerá de la autorización judicial (195.2 RE).

Por último, como ya se mencionó, la Ley legitima a las Comunidades Autónomas a celebrar acuerdos que promuevan condiciones para que la inserción social de los menores no acompañados pueda realizarse en su país de origen (artículo 35.2 LE). Ello ha cristalizado en el financiamiento de centros de protección de menores en los países de origen, satisfaciendo así uno de los requisitos para poder repatriarlo (en ausencia de familia dispuesta a acoger)⁹¹⁶.

⁹¹⁵ Información proporcionada por el Inspector Alberto Rodríguez García, Jefe del Grupo de Menas y Pateras de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en entrevista realizada en Madrid, el 19 de agosto de 2013.

⁹¹⁶ Financiados por la Comisión Europea en el marco del Programa AENEAS, creado por: PARLAMENTO EUROPEO y CONSEJO: Reglamento n° 491/2004, de 10 de marzo de 2004, *por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo* [DO L 80, p. 1]. Hay varios centros construidos o en proyecto: Cataluña está desarrollando el *Programa Barcelona-Tánger*, de fomento de la formación profesional en los ámbitos de turismo y restauración y textil. Va dirigido a 50 menores que han sido reagrupados y viven con sus familias en Tánger. La Comunidad de Madrid apoyó, en 2009, intervenciones en centros de protección ubicados en Ben Guerir, Tagramut y Tánger. También ha iniciado la rehabilitación del centro Fats Anjra y tiene en proyecto la construcción de otro centro en Agadir. Asimismo, el Gobierno español, a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional al Desarrollo (AECID), en desarrollo de la *Estrategia de la Cooperación Española de Atención, Protección, Formación e Inserción de los Menores Vulnerables en Marruecos*, ha construido dos centros de atención y formación, en Nador y Beni Mellal. En COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 55º Periodo de Sesiones. *Respuestas por escrito del Gobierno Español a la lista de cuestiones (CRC/C/ESP/Q/3-4) del Comité de Derechos del Niño en relación con el examen de los informes periódicos tercero y cuarto de España*, 2 de septiembre de 2010. Véase también: http://elpais.com/diario/2009/10/06/espana/1254780019_850215.html

3.2. La repatriación como medida de protección.

La consideración de la repatriación como una medida de protección, o incluso, un derecho del menor, que debe ser ejercido en su interés⁹¹⁷, deberá alumbrar la interpretación y aplicación del procedimiento por el que se resuelve, así como la resolución de los múltiples y complejos problemas que presenta. Al margen de la consecuencia que de ello derivaría en términos competenciales (invasión competencial del Estado sobre la competencia autonómica en la sección de materia de protección del menor), que ya fue abordada más arriba, se analizarán a continuación las consecuencias sustantivas emanadas de aquel punto de partida.

En primer lugar, la consideración de la repatriación como derecho del menor, que debe ser ejercido en su interés, cierra la puerta a su utilización como expulsión encubierta, como ha ocurrido frecuentemente en el pasado.

En nuestro ordenamiento se prohíbe la expulsión de menores no acompañados. Si bien la proscripción no es expresa, como sí lo fue en el Reglamento de Extranjería de 1996⁹¹⁸, se considera implícita, *sensu contrario*, en la regulación específica que la legislación de extranjería prevé para los menores no acompañados, que descansa en dos soluciones duraderas alternativas, la permanencia en territorio estatal, o la repatriación, entre las que se optará en función de lo que determine el interés superior de aquéllos⁹¹⁹. La regulación

⁹¹⁷ NIETO GARCÍA, L.C. “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico” y JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M.: “Donde quiebra la protección: las reagrupaciones familiares sin garantías”, en PANTOJA GARCÍA, F. y NIETO, L.C.: *Los derechos de los menores extranjeros*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 11-32 (p. 30) y pp. 53-76 (p. 60), respectivamente; SJCA n°14 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006.

⁹¹⁸ Artículo 13 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*: “[...] En ningún caso, estos menores [refiriéndose a los extranjeros en situación de desamparo] podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas en el art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y en este Reglamento [...]”.

⁹¹⁹ En palabras de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (Instrucción 6/2004), “la finalidad del precepto [se refiere al artículo 35 LE] es que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador [...] contra alguien que [...] no sea mayor de edad”. Asimismo, en la Circular 3/2001, afirma que: “[...] aunque el actual Reglamento de Extranjería no lo afirme expresamente [...] los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión”. En la misma línea, el DEFENSOR DEL PUEBLO sostiene que “el menor extranjero en situación de desamparo no puede ser expulsado, devuelto o retornado. Su salida de nuestro país sólo puede tener como motivo su reagrupación con su familia. Es cierto que no existe ningún precepto que de manera expresa prohíba la expulsión, el retorno o la devolución de un menor extranjero, ahora bien la referencia expresa que el artículo 35 de la citada Ley contiene

también impide, por tanto, la devolución de menores en frontera⁹²⁰, o cualquier tipo de retorno distinto de la repatriación en su propio interés.

De manera que repatriación y expulsión son medidas de distinta naturaleza, y persiguen objetivos diversos: aquélla, la protección del menor⁹²¹, ésta, el mantenimiento del orden público mediante la reparación de una irregularidad administrativa. Por lo tanto, como dice David MOYA, si una repatriación no se realiza en interés del menor, se trata de una expulsión encubierta⁹²². Y un abuso del Derecho. Y eso es lo que ocurrió durante algunos años en España, especialmente desde el repunte de inmigración precoz que tuvo lugar a finales de los noventa. Frente a las voces que auguraban el colapso del sistema de protección de menores, las autoridades comenzaron a hacer un uso indiscriminado del procedimiento de repatriación, ejecutándolo sin las garantías imprescindibles para su legalidad, como el derecho de menor a ser escuchado, la notificación de la resolución de la medida, la investigación previa sobre la situación familiar y social del menor en el país de origen, etc. Lejos de todo ello, frecuentemente se extraía al menor por la fuerza del centro de protección, a altas horas de la madrugada y sin previo aviso (vulnerando así la inviolabilidad domiciliaria), con la negación, no sólo legal, sino también fáctica, del acceso a la justicia que tales prácticas implicaban, y se le entregaba a las

a la «reagrupación familiar» hace que ésta se convierta en un derecho para el menor extranjero, en contraposición a la expulsión, la devolución o el retorno que claramente son sanciones administrativas previstas en la legislación de extranjería”, en *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005, p. 327. Así opina también la doctrina, por todos: PANTOJA GARCÍA, F. y NIETO GARCÍA, L.C.: *Los derechos de los menores extranjeros*, Madrid, 2007, p. 15; RUIZ LEGAZPI, A.: “La protección de los menores inmigrantes”, *op.cit.*, p. 507.

⁹²⁰ Aunque la *Resolución sobre Menores No Acompañados de la UE* sí contempla esta medida. Artículo 3: “Los Estados miembros, de conformidad con su legislación y prácticas nacionales, pueden negar en la frontera el acceso a su territorio a menores no acompañados cuando éstos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas”; artículo 4: “A este respecto, los Estados miembros deberían adoptar las medidas adecuadas, con arreglo a su legislación nacional, para impedir la entrada irregular de menores no acompañados y deberían cooperar para prevenir la entrada y la estancia irregulares en su territorio de menores no acompañados”.

⁹²¹ Aunque aludir a este objetivo teórico-jurídico hace algunos años parecía una burla. Como decía Eliseo AJA, “utilizar esta expresión (se refiere a “reagrupación familiar”) para referirse a la repatriación del menor que se devuelve a la familia, aparte de no ser correcto, resulta sardónico”, en “La reforma de la Ley de Extranjería”, en AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J.: *La inmigración en tiempos de crisis. Anuario de la inmigración en España. Edición 2009*. Editores: Diputació Barcelona, CIDOB, Fundació Jaime Bofill, Fundació José Ortega y Gasset, Unicaja. Barcelona, 2010, pp. 19-40, p. 37.

⁹²² MOYA, D.: *Actas del Seminario Europeo Menores Migrantes no Acompañados*, *op.cit.*

autoridades fronterizas de Marruecos, habiéndose constatado numerosos casos de maltrato, e incluso de encarcelamiento, por parte de la mismas, a los menores entregados.

El problema alcanzó su cénit en torno al año 2006. Por entonces, eran ya demasiados los informes de instituciones estatales y supraestatales, así como de organizaciones no gubernamentales, denunciando lo insostenible de la situación⁹²³. Pero fue, sobre todo, “a golpe de sentencia”, como se logró detener aquella aplicación perversa del Derecho, que no sólo era ilegal, sino también inconstitucional, como lo constataron las abundantes condenas al Estado por vulneraciones iusfundamentales. Entre otros, se consideraban conculcados por las resoluciones de repatriación, el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores, en la vertiente de acceso a la jurisdicción (no se les consideraba legitimados para recurrir las soluciones que les afectaban, y se dificultaba o impedía que contaran con representación independiente); y su integridad física y moral, puesto que era predecible, y constatable en la realidad, que un gran porcentaje de los repatriados reincidiría en su experiencia migratoria, con el alto riesgo que ello suponía para su integridad.

De este modo, por la vía pretoriana, al tiempo que se suspendían y anulaban resoluciones de repatriación que no habían cumplido con las necesarias garantías, se comenzó a definir más concretamente cuáles eran dichas garantías, y cómo habían

⁹²³ HUMAN RIGHTS WATCH: *Retornos a cualquier precio*, octubre de 2008; RELATORA ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES: *Informe presentado en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, 60º periodo de sesiones, E/CN.4/2002/76/Add., de 14 de enero de 2004: en él aquella mostraba su preocupación por la forma en que se estaban llevando a cabo algunas reagrupaciones familiares, en las que se entregaba al menor a la Policía marroquí sin la presencia de familia ni servicios sociales, lo que hacía que las repatriaciones fueran realmente expulsiones. Informó también de que muchos de estos menores habían sido objeto de malos tratos por la Policía marroquí. Por otra parte, la investigación de campo realizada durante seis años consecutivos (2000-2006) por Mercedes JIMÉNEZ ÁLVAREZ (“Donde quiebra la protección: las reagrupaciones familiares sin garantías”, *op.cit.*), concluye que las repatriaciones de menores extranjeros realizadas en dicho periodo no se hacían en base al interés superior del menor, tal y como delata la ausencia total de garantías que caracterizó aquéllos procedimientos. Por su parte, Luis Carlos NIETO GARCÍA relataba en 2007 la situación de muchos de los menores “devueltos”, que habían permanecido en el Puerto de Tánger, y se encontraban, junto con otros menores, totalmente abandonados, sin ningún tipo de protección, viviendo de la mendicidad y del delito y con el único propósito de cruzar la frontera en los bajos de los camiones, lo que implicaba un grave peligro para su vida: “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, *op.cit.*, p. 25.

de ejercerse⁹²⁴. Y la interpretación de los tribunales terminó filtrándose en la letra de la ley. En concreto, determinadas decisiones del Tribunal Constitucional, han provocado cambios legislativos de calado respecto a la participación de los menores en el procedimiento de repatriación y su defensa en el mismo⁹²⁵.

El resultado de este proceso de demarcación de límites constitucionales a la repatriación de menores, es que el procedimiento se ha tornado difícil, complicado de realizar. La localización previa de la familias en los países de origen, exige un gran despliegue económico y diplomático, así como la colaboración de las autoridades de dichos Estados, lo que no siempre es sencillo de obtener; los servicios de protección de los países de origen suelen ser, o bien inexistentes, o bien precarios, etc. Todo ello ha desembocado en una drástica disminución de los procedimientos de repatriación⁹²⁶. En concreto, hace años que no se realiza ninguna repatriación a África⁹²⁷.

Sin embargo, los problemas que presenta la medida no se han esfumado, dado que la misma sigue vigente, y su aplicación puede incrementarse con un cambio de

⁹²⁴ Algunos ejemplos de resoluciones que anulan o suspenden la ejecución de repatriaciones de menores no acompañados, por no haberse respetado, en el procedimiento, las debidas garantías: Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 15 de Madrid, de 20 de junio de 2006; Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 18 de Madrid, de 22 de junio de 2006; Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Santander, de 7 de septiembre de 2006; SJCA nº 14 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006; STSJ Madrid de 7 de mayo de 2009 (Recurso nº 2187/2008). De este fenómeno se hizo eco también la prensa: EL PAÍS: *Un menor expulsado vuelve a Madrid por orden del juez*, 30 de septiembre de 2009.

⁹²⁵ Las SSTC 183/2008 y 184/2008, ambas de 22 de diciembre, provocaron una de las modificaciones llevadas a cabo en la Ley de Extranjería por la reforma de 2009, plasmada en el artículo 35.6, a la que previamente se ha aludido. Sobre aquellas sentencias y esta modificación legislativa: FÁBREGA RUIZ, C.F.: “La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en su expediente de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J. y KRESSOVA, N. (Coords): *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 865-871.

⁹²⁶ En el año 2011 se realizaron cuatro repatriaciones, todas ellas a Venezuela. En el 2012, otras cuatro (dos a Cuba, una a Colombia, y una a Estados Unidos). Datos facilitados por el Inspector Alberto Rodríguez García, Jefe del Grupo de Menas y Pateras de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en entrevista realizada en Madrid, el 19 de agosto de 2013.

⁹²⁷ Según el Inspector Alberto Rodríguez García, Jefe del Grupo de Menas y Pateras de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (en entrevista conferida en Madrid, el 19 de agosto de 2013), ello se debe, en primer lugar, a la dificultad que implica el procedimiento de repatriación en sí mismo, pero también a problemas adicionales. Por ejemplo, en el caso de Marruecos, desde hace años su Consulado no emite el informe sobre las circunstancias familiares del menor, o los servicios de protección del país, que se requiere para repatriar. La última repatriación a este país fue en 2007. Asimismo, el Consulado de Senegal últimamente está siendo reacio a responder. En el caso de los países subsaharianos, las repatriaciones no se llevan a cabo principalmente por la dificultad de localizar a las familias.

circunstancias⁹²⁸. Además, el procedimiento es tan espinoso que, incluso cumpliendo con los límites constitucionales hasta ahora positivados, continúa afectando a principios y derechos constitucionales, como se verá más abajo.

La segunda consecuencia emanada de la consideración de la repatriación como medida de protección, es que sólo se resolverá si es lo que más conviene al menor, es decir, si en la decisión ha prevalecido su interés sobre otros posibles intereses concurrentes⁹²⁹.

En este punto, existe una aparente discordancia entre la Ley de Extranjería y su Reglamento. Mientras que el artículo 35.5 de la primera⁹³⁰ (reformado para trasponer la Directiva de Retorno) da preferencia a la repatriación respecto la permanencia en España⁹³¹, el Reglamento no otorga preferencia a ninguna opción sobre la otra, sino que señala al interés superior del menor como elemento que inclina la balanza a favor de la permanencia en el territorio o la repatriación.

Si bien el referido precepto de la Ley alude, de forma un tanto enrevesada, al interés superior del menor y a la reagrupación familiar, éstos entrarían en juego,

⁹²⁸ Además, como dice Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, si bien las repatriaciones han disminuido sensiblemente, persiste aún el miedo a las mismas, que en sí mismo produce efectos. En “¿Repatriación o reagrupación? La política del miedo”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MOROY ARAMBARRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 181-203.

⁹²⁹ ACNUR y SAVE THE CHILDREN, en su *Declaración de buenas prácticas* (2004), defienden que sólo se podrá retornar al menor a su país cuando el retorno sea en garantía de su superior interés, primando éste sobre otros intereses, como la lucha contra la inmigración ilegal, etc. Por su parte, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su Instrucción 6/2004, establece que la repatriación no es un objetivo absoluto, pueden haber otros intereses en juego [...] que hagan inclinar la balanza del interés superior en pro de la permanencia en nuestro país. Asimismo, como ejemplo de la opinión mayoritaria de la doctrina, Luís Carlos NIETO afirma que “sólo puede ser devuelto un menor precisamente en atención a garantizar el interés superior del mismo”, en “Los menores extranjeros... *op.cit.*, p. 23.

⁹³⁰ Artículo 35.5 LE: “[...] Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos”.

⁹³¹ Así lo aprecia la doctrina. LARA AGUADO, A.: “Artículo 35: Menores no acompañados”, p. 599. En este sentido, como explica Elena ROZZI respecto a la *Resolución de la Unión Europea sobre Menores no Acompañados* de 1997, al establecer ésta la repatriación como opción claramente prioritaria; destacando, como objetivo de la norma, en primer lugar, la lucha contra la inmigración irregular, y sólo en un segundo plano, la protección del menor; no respeta la Convención de Derechos del Niño (en concreto, el interés superior del menor). En *The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation...* *op.cit.*

atendiendo a su literalidad, *una vez que* la Administración ha adoptado una decisión sobre el retorno del menor. Es decir, después de que la Administración haya decidido retornar, la repatriación se realizará, *de acuerdo con el interés superior del menor*, “bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores [...]”. Por tanto, en virtud de la Ley, el interés superior jugaría tan sólo en el momento de la ejecución de la repatriación, para impedir que la misma se realice sin que haya familia o servicios de protección de acogida, pero no intervendría en el proceso decisorio sobre la permanencia en territorio o repatriación del menor. En otras palabras, aparentemente sería coherente con la Ley de Extranjería que, aunque una repatriación no fuera la mejor opción para el menor, porque sus circunstancias particulares indicaran que su proyecto de vida sería mejor en España, se decidiera retornarle porque existieran, por ejemplo, servicios de protección del menor en el país de origen dispuestos a acogerle⁹³².

Por el contrario, el Reglamento de Extranjería otorga al interés superior del menor una mayor virtualidad, pues lo integra en el mismo proceso decisorio sobre si se repatría al menor o no⁹³³.

Ante esta contradicción, ¿debería prevalecer la preferencia legal por la repatriación, por poseer la Ley mayor rango que el Reglamento, o ha de considerarse que este último, como desarrollo o concreción de la Ley, marca las pautas definitivas de su interpretación? Dada la falta de claridad del precepto legal y, sobre todo, la exigencia constitucional de que las decisiones relativas al menor se adopten en base a su superior interés, habría de realizarse una interpretación

⁹³² Muestra de esta suerte de automatismo a favor de la repatriación en el proceder, y del olvido, en la práctica, de la determinación concreta del interés superior del menor, es la descripción que la propia policía realiza de su trabajo: “la Policía no inicia ningún procedimiento hasta que recibe el orden de la Delegación del Gobierno. Entonces contactan con el Consulado del país del menor en cuestión para localizar a la familia y poder documentarle. Una vez localizada la familia en el país de origen y documentado el menor se informa al Delegación del Gobierno para que incoe el expediente”. En: Intervención de Miguel Ángel Borreguero Martín, Jefe de la sección operativa de la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones dependiente de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos?...op.cit.*, p. 98.

⁹³³ Artículo 192.1 RE: “El Delegado o Subdelegado de Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación del menor cuando, según las informaciones recibidas de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen [...]”

conforme de la Ley con respecto a la Constitución, que coincidiría, precisamente, con el contenido del Reglamento.

3.3. El interés superior del menor en el procedimiento de repatriación.

Pero ¿qué significa concretamente que la decisión respecto a la repatriación o permanencia en el Estado ha de ser adoptada conforme al interés superior del menor? A continuación se disertará sobre el influjo hermenéutico de éste principio/concepto en el marco del conflicto de derechos derivado de aquélla decisión, tanto en el plano administrativo, de adopción de la resolución, como en el jurisdiccional, de revisión de la misma. Se atenderá, por tanto, a la dimensión abstracta del interés prevalente del menor, o los efectos interpretativos derivados del principio, en el ámbito del procedimiento de repatriación (3.3.1), así como a ciertas claves para abordar la dimensión concreta del concepto en el marco del conflicto de derechos que se presenta (3.3.3), no sin antes analizar cuáles son estos derechos que suelen entrar en conflicto (3.3.2).

3.3.1. La dimensión abstracta del interés superior del menor en el procedimiento de repatriación.

El primero de los efectos del principio del interés superior del menor, que afectará tanto a la motivación de la resolución administrativa, como a la de su posterior-en su caso- revisión judicial de la misma, es que ambas deberán fundarse en la prevalencia de aquél. En la resolución judicial, la omisión del interés del menor como **fundamento de la motivación**, comportará una vulneración de la tutela judicial efectiva, en la vertiente del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho (art. 24.1 CE).

El interés superior del menor habrá de presidir, por tanto, la resolución a favor o en contra de la repatriación, máxime teniendo en cuenta que esta cuestión no sólo afecta a las relaciones paterno-filiales, sino que también atañe a menores en situación de desvalimiento material. Por todo ello, como se expuso más arriba, en la

revisión jurisdiccional del procedimiento de repatriación, todo deberá ir orientado a desentrañar en qué consiste el interés del menor en el caso concreto, tanto desde el punto de vista material (respecto a los argumentos de fondo), como formal, lo que se traslucirá en el especial antiformalismo y flexibilidad del proceso. Lo relevante de éste es su finalidad, desentrañar cuál es el interés del menor en el caso concreto, quedando, por tanto, en un segundo plano las reglas procesales, que habrán de atemperarse cuando ello sea necesario para la consecución del mencionado fin. Se deberá ser especialmente flexible en la aplicación de las normas que regulen la participación del menor, así como de quien pueda aportar información sobre su interés, sobreponiéndose, en la medida de lo posible, a los obstáculos logísticos, técnicos y formales que dicha participación pueda acarrear. Este postulado debería tener una especial incidencia en lo concerniente a la participación en el proceso de los miembros de la familia del menor no acompañado, que se encuentran fuera del territorio nacional.

Es necesario recordar que el principio del interés superior del menor **no crea nuevos derechos**, sino que se aplica, en un contexto conflictual, para decantar la elección hacia alguna de las opciones legalmente posibles, o hacia una concreta posibilidad dentro del margen de lo legalmente posible. Según algunos, en el concreto ámbito que nos ocupa, ello significa que el interés superior del menor no es susceptible de generar un derecho a la residencia, no constituye un respaldo suficiente para que un menor no acompañado permanezca en un Estado cuando no tiene derecho a ello⁹³⁴. Sin embargo, en el supuesto analizado, es la misma legislación de extranjería la que, cumpliendo con las exigencias constitucionales y convencionales (en referencia a la Convención de Derechos del Niño), integra el principio del interés superior del menor en la concreta decisión con respecto a la repatriación del menor o su permanencia en España, por lo que la aplicación de la norma al caso concreto determina cuál de las opciones *a priori* legales, es la única

⁹³⁴ En esta línea, Juan Manuel LÓPEZ ULLA considera que el concepto de interés superior del menor no puede interpretarse en el sentido de reconocer su pretensión de no ser retornado. En “En torno a la constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España”, en DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. (Ed.): *Inmigración irregular y Derecho, VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, pp. 177-185.

constitucional y convencionalmente adecuada. Además, al margen de los derechos estrictamente legales, también hay, como se verá a continuación, derechos fundamentales del menor involucrados, que pueden respaldar la permanencia en el país, máxime teniendo en cuenta que el principio a veces entraña una modulación expansiva del contenido de los derechos fundamentales.

Por otro lado, ha de atenderse a la relación entre el **derecho a la participación** y el interés superior del menor. Como se defendió más arriba, la determinación del interés superior del menor exige tener en cuenta su propia opinión, siempre que presente suficiente juicio. El peso concreto de la misma en la ponderación de derechos, dependerá de la edad y madurez del menor, por lo que habrá que valorarse en el caso concreto.

El derecho a ser escuchado cobra una especial relevancia en la adopción de soluciones duraderas para menores no acompañados, ya que su testimonio puede arrojar valiosa información sobre si el menor se encuentra en una situación de protección internacional, o sobre sus circunstancias familiares y socio-económicas en el país de origen. Además, dicho testimonio, así como el de los padres, puede arrojar pistas sobre la “eficacia” de una hipotética repatriación, dado que puede revelar las posibilidades de reincidencia migratoria. Desde esta perspectiva de la eficacia, quizá sería conveniente incluir el consentimiento del menor entre los requisitos para la repatriación. Según algunos, la mejor forma de garantizar que dicha medida se realizara en interés del menor, sería convertirla en voluntaria⁹³⁵.

El derecho a ser escuchado ha sido, durante años, violentado en la ejecución del procedimiento de repatriación, pues, como se dijo, además de no escuchar al menor, se obstaculizaba notablemente su acceso a la justicia, a veces incluso imposibilitándolo. Actualmente, superadas algunas de estas dificultades gracias a la

⁹³⁵ Luis Carlos NIETO GARCÍA: “para valorar ese interés en la reunificación familiar es muy importante que el regreso se haga de forma voluntaria, y que los menores sean plenamente informados, consultados y oídos a lo largo del proceso de repatriación”, en “Menores y extranjeros: un solo marco jurídico”, p. 23. En esta misma línea, la SJCA nº 14 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006, declara que “la mejor forma de llevar a cabo la reunificación familiar y el regreso al país de origen es hacerlo de forma voluntaria”. En determinados Estados de la Unión, como Francia o Alemania, no existen repatriaciones forzosas, estas sólo pueden ser voluntarias (SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, op.cit., pp. 64 y 191). Asimismo, según el Inspector Alberto Rodríguez García, Jefe del Grupo de Menas y Pateras de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, las escasas repatriaciones que se realizan actualmente por España, son siempre voluntarias (entrevista realizada en Madrid, a 19 de agosto de 2013).

reforma de la Ley de Extranjería operada en 2009⁹³⁶, el principal problema que esta cuestión presenta en abstracto es la falta de reconocimiento legal de la asistencia jurídica gratuita al menor en el procedimiento administrativo de repatriación, pues en los procedimientos administrativos y judiciales anudados a la condición de extranjero del menor, la asistencia letrada se considera inherente a su derecho a ser escuchado. En este sentido, sólo se reconoce la asistencia jurídica gratuita a los menores no acompañados en la fase jurisdiccional de impugnación de la resolución administrativa que pone fin a aquel procedimiento, pero no en la fase administrativa. Se suscitan en este punto dos cuestiones de cariz constitucional, a saber, ¿supone esta regulación una discriminación de los menores no acompañados con respecto a los inmigrantes mayores de edad? En segundo lugar, ¿afecta a la tutela judicial efectiva de aquéllos?

Con respecto a la primera cuestión, como ya se ha expuesto, a los extranjeros adultos se les reconoce la asistencia letrada gratuita, no sólo en los procesos judiciales, sino también en todos aquellos procedimientos administrativos que puedan culminar en retorno, siempre que acrediten falta de recursos económicos. La diferencia normativa responde, en teoría, a la diversa naturaleza de la expulsión, que es una sanción administrativa, con respecto a la repatriación de menores, que es una medida de protección.

Sin embargo, atendiendo a la realidad que subyace a las normas, puede apreciarse que, por mucho que el procedimiento de repatriación esté recubierto formalmente de la condición de “medida de protección”, la situación material o de hecho, no es otra cosa que el retorno de un extranjero a su país, lo que constituye un escenario privilegiado para el conflicto de intereses entre los objetivos de control de flujos migratorios, mantenimiento del orden público, y bienestar económico del país, por una parte, y protección del menor, por otra⁹³⁷. Partiendo de que otorgar un tratamiento jurídico diverso a situaciones en esencia iguales, es discriminar,

⁹³⁶ Reforma ya aludida, que introdujo el apartado 6 en el artículo 35 de la Ley de Extranjería.

⁹³⁷ Como expresa Elena ROZZI: “Furthermore, while juvenile court judges are sensitive, in view of their training and their task, to the logic of the “best interests of the child”, the administrative bodies, on the contrary, especially those that are directed by the Ministry for Home Affairs, inevitably respond also to other kinds of logic, in particular to that of the fight against clandestine immigration. This leads to a considerable increase in the risks of “ideological prejudices that influence the determination of the best interests of the child in specific cases”, en *The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation...op.cit.*, p. 4.

estimamos que en este caso el ordenamiento está discriminando de forma encubierta, bajo el subterfugio de la diferente naturaleza de la medida aplicada, a los menores inmigrantes frente a los adultos⁹³⁸. La discriminación se hace más grave por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra un menor en situación de desamparo frente a un adulto, que se añade a la vulnerabilidad que la extranjería y la irregularidad administrativa ya suponen de por sí⁹³⁹. En este sentido, el Tribunal Constitucional ya ha reaccionado en el pasado contra la utilización del subterfugio de “medida protectora”, con la finalidad de evadir las garantías constitucionales⁹⁴⁰.

Con respecto a la segunda cuestión planteada, es decir, si el no reconocimiento de asistencia jurídica gratuita a los menores no acompañados en el procedimiento administrativo de repatriación afecta a su tutela judicial efectiva; como ya se ha venido anunciando, por más que la asistencia letrada gratuita al menor se considere inherente, en el marco de dicho procedimiento, al ejercicio efectivo de su derecho a ser escuchado⁹⁴¹, éste derecho sólo alcanza relevancia constitucional cuando forma parte de la tutela judicial efectiva. Y ésta sólo entra en

⁹³⁸ Como se establece en la SJCA nº 15 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006, “aun cuando, efectivamente, la LOEX [Ley de Extranjería] no establezca expresamente ese derecho de asistencia letrada para los menores extranjeros no acompañados, ya hemos dicho como uno de los principios alrededor de los que gira la Convención de Derechos del Niño es el principio de no discriminación, resultando claramente discriminatorio el hecho de que dicha asistencia se conceda a cualquier extranjero mayor de edad y, sin embargo, pretenda negarse o no se facilite a los menas”

⁹³⁹ En este mismo sentido, pero en el contexto de Estados Unidos, DEVON A. CORNEAL (“On the way to grandmother’s house...*op.cit.*, p. 621) reclama la necesidad de proporcionar apoyo legal al menor que se vea involucrado en procedimientos de retorno (refiriéndose a la fase no judicial). Dice que en caso contrario, se estaría violando el derecho constitucional a un debido proceso, ya que el menor estaría en una situación de indefensión, al no conocer bien sus derechos, no poder ser escuchado de forma significativa por desconocer el idioma, o por la dificultad de estar en una posición bien informada.

⁹⁴⁰ Por ejemplo, en la STC 36/1991, de 14 de febrero, el Tribunal declaró el carácter jurisdiccional de los procesos correctores de menores contemplados en el Decreto de 11 de junio de 1948 (ya derogado). Esta norma consideraba irresponsables penalmente a los menores de edad, por lo que no era posible aplicarles medidas represivas que tuviesen la consideración de penas o sanciones, y en consecuencia, no debían aplicarse, para examinar sus actos, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones: era el juez, sin la intervención del Ministerio Fiscal ni del abogado defensor, quien debía velar por los intereses del menor y decidir las medidas a imponer, basándose en criterios meramente paternalistas. Frente a esta supuesta flexibilidad de actuación, que buscaba su justificación en la protección más adecuada e individualizada de los intereses del menor, el TC reafirma el carácter jurisdiccional de dichos procedimientos correctores y, consecuentemente, impone la aplicabilidad en los mismos de las garantías procesales constitucionales del art. 24.2 CE.

⁹⁴¹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, *op.cit.*, p. 330; COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: Observación General nº 6, *op.cit.*, apartado h. Entre la doctrina: LARA AGUADO, A.: “Artículo 35: Menores no acompañados”, *op.cit.*, p. 617; GUTIERREZ ROMERO, F.M.: “Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados... *op.cit.*

escena en el marco de un proceso judicial, o de un procedimiento administrativo sancionador⁹⁴², que no es el caso de la repatriación.

Pero, ¿podría decirse que, desde una perspectiva material, el procedimiento de repatriación es un procedimiento sancionador, por lo que la ausencia de asistencia letrada gratuita sí provocaría una indefensión administrativa con trascendencia constitucional, con la consiguiente vulneración de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de prohibición de indefensión? No. El hecho de que la repatriación se haya utilizado a menudo en fraude de ley, encubriendo verdaderas expulsiones, no implica la asimilación sustantiva de ambas medidas, puesto que considerar a la repatriación como una sanción, contravendría los postulados constitucionales básicos del Derecho de menores. En conclusión, si bien el no reconocimiento de asistencia letrada gratuita al menor provoca indefensión administrativa⁹⁴³, y conculca su derecho legal y convencional a ser escuchado, no entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En vista de las vulneraciones constitucionales y legales que la ausencia de asistencia jurídica gratuita conlleva en este procedimiento, muchas han sido las voces reclamando su reconocimiento legal⁹⁴⁴. No obstante, a pesar del tiempo transcurrido desde que comenzaron estas reivindicaciones, y de la puesta en marcha de determinadas iniciativas para promover esta garantía⁹⁴⁵, que han conseguido que

⁹⁴² “El TC rechazó desde un principio, y además, de manera rotunda, la posibilidad de extender con carácter general el radio de eficacia del art. 24 CE al procedimiento administrativo”. Sin embargo, sí lo extiende al procedimiento administrativo sancionador, en virtud de su jurisprudencia del *unitas substantive* entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. En: CIERCO SEIRA, C.: “La subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso: reflexiones a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 2006, nº 170, Madrid, pp. 145-189.

⁹⁴³ La doctrina, trasladando a la indefensión administrativa la doctrina constitucional sobre la indefensión material en los procesos judiciales, defiende una concepción material de aquélla: “la simple infracción de un trámite no sirve para generar una situación de indefensión. Es preciso, además, que esta irregularidad procedimental haya supuesto, en el caso concreto, una merma sustancial de la capacidad de defensa del interesado”. *Idem*, p. 151.

⁹⁴⁴ Además de las ya citadas, en el cuarto informe de la ECRI (European Commission Against Racism and Intolerance) sobre España, (CRI (2011)4) Recomendación 173), publicado el 8 de febrero de 2011, se mostraba la preocupación porque “el Gobierno español no proporciona representación legal independiente para los menores en los procedimientos de repatriación”. Añadía que “las autoridades españolas debían asegurar que todos los niños sujetos a repatriación cuenten con representación legal independiente y que se respete el derecho internacional y los derechos de los niños en todos los casos”.

⁹⁴⁵ La Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española aprobó la Circular 4/2007, dirigida a los Colegios de Abogados, donde se les pedía que instruyeran a los letrados

algunos Colegios sí proporcionen servicio de oficio a los menores en este procedimiento⁹⁴⁶, ello no ha tenido reflejo legal.

Más abajo se volverá al tema de la asistencia jurídica del menor no acompañado, pero desde un prisma más general, no sólo vinculado al procedimiento administrativo de repatriación.

Por otra parte, la legislación de extranjería vigente sólo obliga a las autoridades a escuchar al menor en el trámite de audiencia inserto en el procedimiento de repatriación, que es el paso inmediatamente anterior a su resolución. No obstante, al menor se le debería escuchar también antes de la incoación de dicho procedimiento, de manera que su opinión pudiera ser tenida en cuenta en la decisión preliminar respecto a incoar dicho procedimiento, o no hacerlo. Decisión que actualmente adopta la Administración en base al informe emitido por los representantes diplomáticos del país de origen, y al emitido por la entidad protectora, pero sin considerar la voluntad del interesado (artículo 192.1 RE). Ello supone una segunda conculcación del derecho legal y convencional del menor a ser escuchado.

Es relevante además atender a los efectos hermenéuticos del principio del interés superior del menor cuando entra en relación con el principio de **unidad familiar**, a veces referido como el de preferencia del desenvolvimiento de la vida del menor con la familia biológica o de origen. La concreta relevancia que se atribuya a este último, constituirá la clave de bóveda de las resoluciones que se

adscritos a los turnos de oficio de extranjería y menores, para que extremaran su celo y vigilancia sobre las Administraciones Públicas, a fin de que tomen las medidas necesarias para que se haga efectiva la asistencia letrada que garantice el efectivo ejercicio del derecho a ser oído del menor. En GUTIERREZ ROMERO, F.M: “Protección de los Menores Extranjeros...*op.cit.*”, p. 115-116. Con el mismo fin, el DEFENSOR DEL PUEBLO, en su *Informe sobre asistencia jurídica a los inmigrantes* sostiene que los Colegios de Abogados deberían de contar con información sobre el estado y la calidad de los servicios de protección de menores en los países de origen de los menores no acompañados (pp. 328-329).

⁹⁴⁶ Por ejemplo, el Colegio de Abogados de Madrid financió durante algunos años a la Fundación RAICES para que asumiera la defensa legal de este colectivo, tal y como explica Lourdes Reyzábal, presidenta de dicha fundación, en entrevista de 26 de agosto de 2013. Por otra parte, el Colegio de Abogados de Cantabria tuvo durante un tiempo un turno de oficio específico para menores no acompañados.

adopten en materia de repatriación, el corazón de las decisiones más espinosas, de mayor complejidad⁹⁴⁷.

La interacción de ambos principios ya se abordó al analizar los efectos hermenéuticos del principio del interés superior del menor con carácter general. A pesar de la confusión que se observaba en la jurisprudencia constitucional y de Estrasburgo al respecto, se decía que podía intuirse, en el marco del principio de proporcionalidad, un mayor peso de los derechos de la familia biológica o de origen en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida que se estudiara. Ello, aplicado a la repatriación, podría implicar una mayor resistencia frente a la permanencia en el Estado de acogida cuando el objetivo de la repatriación sea la reunificación familiar.

Sin embargo, este efecto interpretativo ha de aplicarse con mucha cautela, evitando caer en la tradicional asimilación o identificación, por defecto, entre el principio del interés superior del menor y la reagrupación familiar; fenómeno que, si bien tradicionalmente se ha apreciado en el ámbito de la protección de menores, se reproduce con más intensidad cuando entra en juego la internacionalidad⁹⁴⁸. Y es que, por más que *a priori*, o *iuris tantum*, deba presumirse que lo más conveniente para el menor es estar con su familia, el problema es el grado de dificultad que tradicionalmente ha supuesto romper dicha presunción en el caso concreto, así como el automatismo con el que a veces se ha actuado en este sentido, con la consecuente subestimación de intereses y derechos.

⁹⁴⁷ La prensa en ocasiones se hace eco de determinados casos:

http://www.eldiario.es/desalambre/principado-Asturias-expatriacion-senegalesa-expulsion_0_166933735.html

⁹⁴⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 16, enero-diciembre 2002, pp. 41- 63. El autor analiza el *Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, de 25 de octubre de 1980, y observa que el mismo identifica el interés superior del menor con la permanencia de éste en su entorno vital y, como corolario, con su inmediato retorno cuando ha sido desplazado a otro Estado. Sólo después de dicho retorno, se podrá discutir sobre los derechos de guardia y visita. No obstante, el autor estima que antes de nada habría que analizar si el retorno mismo atentaría contra el interés del menor. Esto es, el autor considera perverso el automatismo en la adopción de decisiones en este ámbito, y aboga por soluciones más casuísticas. Enrique MADRAZO RIVAS opina, en este sentido, que “[l]a opción favorable a la protección del interés superior del menor frente al respeto a la vida privada familiar, es siempre excepcional”, en “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998...*op.cit.*”, p. 325.

Una muestra de ello era el anterior artículo 35.3 LE⁹⁴⁹, que al regular la repatriación, no mencionaba el principio del interés superior del menor, pero sí el principio de reagrupación familiar; asimilando la consecución de aquel interés con ésta medida, de manera que, sólo en caso de que la misma no fuera posible, se concedería al menor el derecho a permanecer en España. Sin embargo, cuando el Reglamento de Extranjería de 2004 permitió realizar la repatriación mediante la entrega del menor a los servicios de protección de su país de origen, de manera alternativa a la entrega a la familia, deshizo el vínculo automático y apriorístico que la Ley había formado entre la repatriación (que dejó de ser sinónimo de reagrupación familiar) y el interés superior del menor. Por ello, a partir de entonces, no hubo más remedio que dejar paso a otros factores para la concreta determinación de dicho interés.

Progresivamente, tanto a nivel europeo, como estatal, el automatismo en favor de la unidad familiar, en la adopción de decisiones en torno a la guarda y custodia del menor no acompañado, va cediendo en pro de una valoración más casuística⁹⁵⁰. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo también ha ido trazando límites a este derecho en relación a los menores no acompañados⁹⁵¹.

Otra implicación de la interacción del principio de unidad familiar y el del interés superior del menor, es que si se ha determinado que lo más conveniente para el menor es extraerlo de su familia, o lo equivalente en este contexto, no devolverlo a ella, se buscará su inserción en un medio familiar alternativo (familia extensa, familia acogedora, hogar funcional)⁹⁵². Por ende, se entenderá preferente, *a*

⁹⁴⁹Artículo 35.3 de la Ley de Extranjería anterior a la reforma operada en la misma por la LO 2/2009, rezaba como sigue: “La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España”.

⁹⁵⁰ Como explica Teresa FAJARDO DEL CASTILLO (“La Directiva sobre el retorno... *op.cit.*, pp. 26 y ss.), tradicionalmente el Derecho Internacional había vinculado siempre el interés superior del menor con la reagrupación familiar, no obstante, debido a las últimas interpretaciones de los jueces de Estados miembros de la Unión Europea, tal concepto ha ido cambiando. El interés superior del menor deberá ser determinado caso por caso.

⁹⁵¹ El *asunto Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*, refleja que en ocasiones la reagrupación familiar no es una solución compatible con el interés del menor, por ejemplo cuando los propios familiares han incitado u obligado al menor a tomar la decisión de emigrar. En este caso, se consideró que Bélgica había vulnerado el artículo 3 del Convenio por repatriar a una menor a su país de origen sin considerar la difícil situación que a la misma le esperaba.

⁹⁵² GAYA SICILIA, R.: “Tutela y guarda de menores en situación de desamparo”, *op.cit.*, p. 1719.

priori, el acogimiento familiar con respecto al residencial, que ha de aplicarse sólo subsidiariamente, como último recurso.

3.3.2. Derechos fundamentales y convencionales involucrados.

La interpretación del interés superior del menor ha de realizarse, como defiende el Comité de Derechos del Niño, teniendo en cuenta el cumplimiento de los derechos fundamentales/convencionales del menor⁹⁵³. Es más, según dicho órgano, “el objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención y el desarrollo holístico del niño”⁹⁵⁴. A continuación se abordarán los derechos fundamentales y convencionales que habitualmente entran en conflicto en el procedimiento de repatriación, atendiendo al peso que los mismos pueden adquirir en dicho escenario conflictual, y teniendo en cuenta, en su caso, las peculiaridades de su ejercicio por parte de los menores no acompañados. Ello constituirá el bagaje teórico imprescindible para el posterior descenso a las variantes que puede presentar el conflicto propiamente dicho.

En ocasiones el retorno del menor puede afectar a su vida, supervivencia, e integridad física y moral (artículos 6 de la Convención de Derechos del Niño y 15 CE). Pues bien, de estos derechos emanan importantes conclusiones respecto a la legitimidad de la repatriación, dado que actúan como indicadores certeros o mínimos absolutos, que delimitan un claro punto de partida, frente a los que no cabe ponderación posible: no repatriar al menor cuando ello pueda conllevar riesgo para su vida o su integridad.

⁹⁵³ Esta es la metodología que sigue Elena ROZZI para desentrañar el papel del principio del mejor interés del menor en la concreta decisión respecto a la repatriación del menor o su permanencia en el país, en *The evaluation of the best interests of the child in the choice...op.cit.*

⁹⁵⁴ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: *Observación General n°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, de 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14), párr. 4. El párrafo 5 dice: “La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”.

Esto ocurre no sólo cuando aquél sea merecedor de protección internacional, sino también en situaciones de maltrato, explotación o abuso familiar; o simplemente cuando ninguna persona u organismo haya aceptado hacerse cargo de él en el país de origen⁹⁵⁵. Diversas versiones de este límite se reconocen a nivel internacional⁹⁵⁶, europeo⁹⁵⁷ y nacional. En este último ámbito, los jueces han identificado una modalidad adicional de riesgo para el menor no acompañado, en concreto para su integridad física y moral, en los supuestos en los que, del testimonio y la trayectoria vital del menor, se pueda colegir razonablemente que el mismo volverá a emigrar tras ser repatriado, dado el peligro que ello conlleva.

No obstante, el verdadero dilema se presenta cuando el retorno no implica riesgo para el menor. Cuando la vida, o a la integridad física y moral, no están en juego, emerge una ponderación de derechos de especial complejidad.

El procedimiento de repatriación también afecta a la vida familiar del menor. Este derecho, si bien está internacionalmente consagrado, tanto en la Convención de Derechos del Niño⁹⁵⁸, como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8), no lo está, como derecho fundamental, en nuestra Carta Magna, o al menos no con la misma magnitud que en los textos internacionales, ya que la intimidad familiar del artículo 18 CE, no integra en su contenido, como sí lo hace, en determinados casos, el artículo 8 del Convenio, el derecho a la reunificación familiar. Ahora bien, y sin perjuicio de que el derecho a la vida familiar, tal y como se reconoce en el ámbito supranacional, encuentre cabida en la Norma

⁹⁵⁵ Según Elena ROZZI, ello activaría la obligación que el Estado ha asumido *ex* artículo 20 de la Convención, de proporcionar protección y asistencia especiales a los menores privados de su medio familiar. En *The evaluation of the best interests of the child in the choice...op.cit.*

⁹⁵⁶ Artículo 33 de la *Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado* de 1951.

⁹⁵⁷ Artículo 5 de la *Resolución sobre Menores No Acompañados*, de 1997: “1. Cuando un menor de edad no sea autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, éste sólo podrá devolverlo al país de origen o un país tercero dispuesto a admitirlo cuando a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía. De ello podrán encargarse los padres u otros adultos que cuiden de él, así como órganos estatales o no estatales. 2. Mientras no sea posible realizar la repatriación en dichas condiciones, los Estados miembros deberían en principio dar la posibilidad de que el menor permanezca en su territorio”. Asimismo, establece una regulación específica garantizando el derecho de asilo de estos menores y, por consiguiente, el *non-refoulement*. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos erige el riesgo del menor como límite claro a su repatriación. En el *caso Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica*, verbigracia, condena al Estado por repatriar a una menor y colocarla en una situación inhumana y prohibida por el propio artículo 3 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

⁹⁵⁸ Artículos 8, 9, 10 y 22.2.

Fundamental a través del principio rector de la protección de la familia (artículo 39.1 CE), y el de la protección del menor (artículo 39.4 CE), estimamos que, para el caso de los menores de edad, la especificación de derechos fundamentales que implica su interpretación conforme a la Convención de Derechos del Niño (10.2 CE), quizá podría implicar una modulación expansiva de la intimidad familiar del artículo 18 CE, que abarcara un derecho a la reunificación familiar, teniendo en cuenta también el influjo de una interpretación sistemática de dicho precepto y el 39 CE.

Al margen de ello, el derecho a la vida familiar se tiñe de matices peculiares cuando es ejercido por los menores no acompañados. Por ejemplo, hay que tener en cuenta que en estos casos, la separación de los menores y sus respectivas familias se produce como consecuencia de una decisión personal de aquéllos, que a veces es compartida, o incluso auspiciada, por éstas. En este sentido, dado que es la opinión del menor la que origina la situación, escucharle será especialmente importante, como ya se sostuvo, para realizar una mejor evaluación de la adecuación y de la eficacia de la reagrupación familiar. Desde este mismo prisma, sería esencial recabar también la opinión de los padres.

Asimismo, otro matiz importante de la protección del derecho a la vida familiar del menor no acompañado, es que su familia se encuentra fuera de la jurisdicción del Estado. Ello minimiza severamente las posibilidades de éste de intervenir en aquélla, con la finalidad de aliviar los problemas a los que se pueda enfrentar y facilitar así la reintegración del menor⁹⁵⁹. Sin perjuicio de ello, la Administración debería, en el marco de su obligación de proteger al menor, establecer mecanismos de rastreo y colaboración con las familias, vía consular, o bien mediante acuerdos con organizaciones internacionales⁹⁶⁰. En línea con lo propuesto por la Comisión Europea, podrían establecerse redes de colaboración

⁹⁵⁹ Como afirma Elena ARCE, “en el caso de los menas, el sistema de protección de menores sufre una quiebra importante: la familia del menor se encuentra fuera del ámbito competencial de cualquiera de las Administraciones que podrían intervenir para transformar la realidad que hizo que el menor hubiera de abandonar su familia, por tanto no puede adoptar de manera directa medidas conducentes a transformar la realidad que produjo la situación de desamparo”, en “Menores extranjeros no acompañados. Su desprotección...*op.cit.*, p. 190.

⁹⁶⁰ Es relevante en este sentido el trabajo que realizan organizaciones como *International Social Services*, que colaboran con algunos Estados, como Italia, realizando servicios de rastreo y colaboración con las familias en los países de origen, así como proyectos de reintegración de los menores en dichos países, una vez son repatriados.

entre los Estados comunitarios, mediante sus respectivos consulados, de cara a tantear una posible reintegración familiar de los menores⁹⁶¹. El objetivo no debería ser otro que integrar a la familia en el proceso decisorio.

Asimismo, el derecho a la vida familiar, en caso de acogimiento familiar en España del menor no acompañado, también podrá jugar en la ponderación de derechos que se realice, en favor de la permanencia de éste en el Estado de acogida, gozando del peso que corresponda, en función del tiempo de acogimiento, grado de integración del menor en la familia de acogida, etc.

En tercer lugar, el procedimiento de repatriación también involucra al derecho del menor a vivir en el propio país de origen, que la doctrina considera implícitamente presente en la Convención de Derechos del Niño⁹⁶². Según Elena ROZZI, el peso de este derecho en la ponderación, ha de ser menor al de otros derechos y principios explícitamente reconocidos en el ordenamiento internacional. El principio entraría a formar parte de nuestro ordenamiento constitucional desde un punto de vista material, otra vez, vía 39.4 CE.

Lo más habitual, en el escenario del procedimiento de repatriación, es que el derecho a la vida familiar del menor, así como el de vivir en el lugar donde tiene sus raíces, entren en confrontación con los derechos económicos, sociales y culturales de los que disfrutaban en España en igualdad de condiciones que los nacionales⁹⁶³. El conflicto se plantea especialmente en casos de menores procedentes de familias y

⁹⁶¹ COMISIÓN EUROPEA: *Plan de Acción sobre menores no acompañados*, *op.cit.*

⁹⁶² Elena ROZZI lo considera inferido de la interpretación sistemática de varios preceptos de la Convención: artículo 8.1; artículo 20.3, artículo 21. b: “Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen”. En *The evaluation of the best interests of the child in the choice...op.cit.*

⁹⁶³ La necesidad de tener en cuenta todos estos derechos en la determinación del interés superior del menor queda plasmada en textos legales nacionales y europeos. A modo de ejemplo: PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO: Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre de 2011, *por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)*, en cuyo considerando 18 se afirma que “[a] la hora de evaluar el interés superior del niño, los Estados miembros deben prestar particular atención al principio de la unidad familiar, al bienestar y al desarrollo social del menor, a los aspectos de seguridad y al punto de vista del menor con arreglo a su edad y madurez”.

contextos especialmente pobres y desestructurados⁹⁶⁴. Atendiendo a determinadas situaciones familiares, o sociedades de origen carentes de infraestructura o servicios públicos, parece claro que el menor sólo tendrá garantizados sus derechos a la educación (artículo 27 CE), sanidad (artículo 43 CE en relación con el artículo 15 CE), vivienda digna (artículo 47 CE), etc., si permanece en España, renunciando así a vivir con su familia⁹⁶⁵ y en su país de origen.

3.3.3. Claves para la concreta determinación del interés del menor.

La Administración se enfrenta en dos ocasiones a la decisión respecto a la solución duradera más conveniente para el menor. La primera tiene lugar en el momento previo a la incoación del procedimiento de repatriación, y consiste precisamente en decidir si lo incoa o no (en base al interés superior del menor). La segunda, de mayor relevancia, por ser, en principio, definitiva (sin perjuicio de su impugnación jurisdiccional), es la que subyace a la resolución que pone fin a dicho procedimiento.

Se atenderá ahora a la segunda de dichas decisiones, por ser, de acuerdo con la regulación vigente, la única para la que obligatoriamente ha de escucharse al menor. Sin embargo, el razonamiento de fondo ha de ser el mismo en ambas decisiones, por más que una sea provisional y otra definitiva.

Sin perjuicio de que la concreta determinación del interés superior del menor sólo puede realizarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se intentarán

⁹⁶⁴ Elena ROZZI (*The evaluation of the best interests of the child in the choice... op.cit.*) destaca que esta categoría de derechos (en la que incluye el derecho a un nivel adecuado de vida (art. 27 de la Convención), a la salud (art. 24), a la educación (art. 28), a la Seguridad Social (art. 26), al ocio, a la protección frente a la explotación económica (art. 32)), han de tener, en virtud de la Convención de Derechos del Niño, una protección reforzada en el país receptor. Y ello no sólo porque se consideren parte integrante del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, en el sentido integral que se atribuye a este principio general de la Convención, sino porque además, quedan protegidos, para el caso de los menores inmigrantes, por el principio de no discriminación del menor con respecto al ejercicio de los derechos de la Convención.

⁹⁶⁵ Sin embargo, esta contradicción podría salvarse con el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar del menor no acompañado en España. En este sentido, David MOYA se cuestiona si, desde una lógica maximalista, el derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH podría respaldar el derecho del menor no acompañado a reagrupar a su familia en Europa. El autor reconoce la dificultad que dicho reconocimiento entraña, pero considera que sería posible aportar razones a favor, en casos en los que la desprotección del menor no provenga directamente de la imposibilidad de la familia de hacerse cargo de él. *Actas del Seminario Europeo Menores Migrantes no Acompañados, op.cit.*

aportar, a continuación, ciertas claves para abordar el conflicto de derechos que se puede plantear, mediante el principio de proporcionalidad, cuya resolución cristalizará el interés del menor en el caso concreto. Se atenderá, para ello, a distintas circunstancias que pueden concurrir alternativamente.

La aplicación del juicio de proporcionalidad exige, en primer lugar, seleccionar la medida que se someterá a escrutinio. ¿Habrá de ser la repatriación, o bien la concesión del permiso para permanecer en España? Estimamos que la elección de la medida a evaluar dependerá de si el menor posee edad y madurez suficiente para emitir su opinión al respecto. De ser así, y dada la especial importancia que dicha opinión tiene en este ámbito, sobre todo para determinar la idoneidad de la medida, así como su eficacia, habrá que someter al tamiz de la proporcionalidad la medida por la que él manifieste preferencia (i). Por el contrario, si no posee madurez suficiente, habrá que identificar la reunificación del menor con su familia, es decir, la repatriación con fines de reagrupación familiar, como la medida cuya constitucionalidad se ha de escudriñar (ii). No obstante, en caso de que el menor careciera de madurez suficiente como para emitir su propio juicio, pero no se hubiera localizado a la familia del menor en el país de origen, la permanencia en el Estado habría de ser la medida a evaluar (iii).

- i. Este escenario puede presentar, a su vez, dos variantes, en función de que la opción por la que se incline el menor sea la permanencia en el Estado (a), o la repatriación (b).

- a) Si el menor con suficiente juicio muestra su preferencia por la permanencia en España, el permiso para ello ha de ser, por tanto, la medida cuya constitucionalidad evaluar.

- ¿Cuál sería la finalidad de la misma? la protección del menor mediante la salvaguarda de su vida y desarrollo en sentido holístico, incluyendo sus derechos económicos, sociales, y culturales. Esta finalidad no sólo es constitucionalmente legítima, sino también, constitucionalmente ordenada.

- La adecuación de la medida, la permanencia en España, a la finalidad, también es clara, dado el pleno reconocimiento de tales derechos al menor

no acompañado por el ordenamiento jurídico español, en igualdad de condiciones que los menores nacionales.

Por otra parte, ¿es necesario que el menor no acompañado permanezca en España para poder formarse, disfrutar de atención sanitaria, trabajar, y, en definitiva, disfrutar de un grado digno de bienestar social? sin perjuicio de que, en general, los menores no acompañados que llegan a España proceden de contextos sociales y familiares pobres y desestructurados, la necesidad de la medida habrá de valorarse en el caso concreto, atendiendo al Estado de que se trate, la zona de la que provenga el menor, las circunstancias socio-económicas de la familia, etc.

Por último, para evaluar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, habrá de ponderarse el beneficio que redunda para el menor, en términos de derechos económicos, sociales y culturales, de permanecer en España, frente al grado de intervención negativa que tal permanencia infligiría en su derecho a la vida familiar y a vivir en su país de origen.

En este punto pueden darse diversas variantes. En primer lugar, si la familia del menor no hubiera podido ser localizada, o si, habiéndolo sido, manifestara su voluntad de que el menor permaneciera en España, o bien se negara a acogerlo, la afección negativa al derecho a la vida familiar del menor se minimizaría notablemente, por lo que es muy probable que la permanencia del menor en España superara también este último peldaño del juicio de proporcionalidad.

Por el contrario, si la familia manifestara su preferencia por el retorno del menor, y se mostrara dispuesta a acogerlo, habría que atenderse a las concretas razones que aportara cada uno, así como al grado de afectación negativa en los derechos económicos, sociales y culturales que derivaría de la no adopción de la medida, es decir, de la no permanencia en España (o lo que es lo mismo, la repatriación a su país), atendiendo para ello a las posibilidades de estudio, trabajo y otros aspectos que ofrece su país de origen.

b) Si un menor con suficiente juicio manifiesta su deseo de ser repatriado, será ésta la medida cuya constitucionalidad se valore. Si la

opinión de la familia coincide con la del menor, la constitucionalidad de la repatriación parece clara. Se trataría de una medida que persigue la protección del menor mediante su reagrupación familiar, adecuada y necesaria para la consecución de dicha finalidad. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto de la medida derivaría de que, la negación de la misma supondría una vulneración del derecho a la vida familiar, no sólo del menor, sino también de su familia, que sería no sólo contraria a la Convención⁹⁶⁶, sino también intolerable a la vista de que la voluntad de ambos es reunificarse.

Por otro lado, en el supuesto de que un menor deseara retornar a su país de origen sin la anuencia de su familia, habría que analizar las circunstancias del caso concreto para valorar qué modalidad de protección perseguiría la repatriación, quién se haría cargo del menor (amigos o servicios de protección del país de origen, por ejemplo), qué implicaría la vuelta en términos de relaciones familiares y sociales, qué posibilidades formativas y/o laborales tendría el menor en el país del origen, etc. Si bien, como se verá más abajo, es arduo mantener el cariz protector de una medida de repatriación que no persiga la reunificación familiar, sino el ingreso del menor en un centro de protección, quizá en determinadas circunstancias, tal repatriación podría proporcionar, aunque no fuera la convivencia con su familia, el fortalecimiento de vínculos familiares y sociales relevantes para el menor, y éste pudiera contar, en su país de origen, con posibilidades objetivas de cierto desarrollo formativo y laboral.

- ii. En el segundo escenario, aquél en el que el menor no presenta juicio suficiente, la medida sobre la que estimamos que ha de aplicarse el juicio de proporcionalidad es la repatriación con fines de reagrupación familiar. Ello sería coherente con el principio de preferencia de desenvolvimiento de la vida del menor en la familia de origen, o la presunción *iuris tantum* de que, en principio, donde mejor está el menor es con su familia.

⁹⁶⁶ Artículo 10.1 de la Convención de Derechos del Niño: “[...] toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva [...]”.

El análisis de esta medida exige partir de la previa localización de la familia del menor, y su anuencia al retorno de éste, lo que constituirá la primera situación que se puede producir en este segundo escenario en el que no se considera al menor lo suficientemente maduro para emitir su propio juicio.

La finalidad de la medida, que no es otra que la protección del menor mediante la reagrupación familiar, es constitucionalmente legítima y ordenada.

La adecuación de la misma dependerá de si la familia dispone de medios suficientes como para brindarle protección. Si ello no ocurre, la medida se revela claramente inadecuada para la consecución del fin constitucionalmente ordenado.

En caso de que se supere la adecuación, porque las circunstancias familiares permitan proteger al menor, se pasará a valorar la necesidad de la medida: dado que la finalidad de la medida es obtener la protección del menor mediante la reagrupación familiar, dicha medida es imprescindible.

El eslabón más espinoso será el de la proporcionalidad en sentido estricto de la reagrupación familiar del menor. el sub-juicio exigirá examinar una serie de factores, como las circunstancias socio-económicas de la familia, el proyecto de vida al que el menor puede aspirar en su país de origen, el arraigo del menor en el país de acogida, si disfruta en el mismo de un acogimiento familiar, la duración y éxito del mismo, etc.⁹⁶⁷ Ha de traerse a colación en este punto la desdibujada conclusión, que más arriba creyó intuirse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Estrasburgo, en virtud de la cual, el derecho a la vida familiar con la familia de origen opondría una mayor resistencia que otros a ser restringido en una ponderación.

⁹⁶⁷ Deberían tenerse en cuenta en este punto los criterios que utiliza la jurisprudencia para decidir si el menor ha de volver a su familia de origen o permanecer en su familia de acogida, lo que se hace sobre la base de que, según el 172.4 CC, lo que debe prevalecer es el interés del menor. En la STS de 31 de julio de 2009, por ejemplo, se alude a criterios como el transcurso del tiempo sin contacto entre la menor y su familia biológica, la adaptación de ésta a la familia de acogida, etc.

En caso de que el menor no hubiera sido acogido por ninguna familia, el derecho a la vida familiar jugaría sólo en favor de la familia de origen, por lo que, *a priori*, la reagrupación familiar tendría muchas posibilidades de superar este último eslabón del juicio de proporcionalidad.

iii. Por último, en el caso de que no se haya localizado a la familia del menor (y éste no presente suficiente juicio), o que aquélla no acepte acogerlo, ¿cuál sería la finalidad una repatriación mediante la entrega a los servicios de protección de su país de origen? Tal y como se mencionó más arriba, es francamente complicado defender que dicha medida estaría orientada a proteger al menor o sus derechos. Aún admitiendo la legitimidad constitucional de la finalidad de “proteger al menor mediante la entrega a los servicios de protección de menores de su país”, la adecuación de dicha entrega para alcanzar la protección del menor es, si no nula, extremadamente débil, sobre todo tratándose de Estados, como suele suceder con aquéllos de los que provienen estos menores, con escasa o nula infraestructura en lo que a servicios públicos se refiere.

Además, a simple vista no es posible vincular la medida a la protección de ningún derecho fundamental del menor (puesto que, sin familia, no hay vida familiar), sólo a un derecho, que se considera implícitamente emanado del ordenamiento internacional, que es el derecho a vivir en el país de origen, que no parece ser suficiente como para proporcionar protección al menor, y menos para batir, en una ponderación, a los derechos fundamentales a los que se enfrenta (educación, sanidad, quizá la vida familiar en un acogimiento, etc.). Por todo lo anterior, y a no ser que en el caso concreto concurren circunstancias extraordinarias que así lo aconsejen, se debería descartar la repatriación sin reagrupación familiar.

De manera transversal, ha de incidirse en la conveniencia de que la repatriación sea voluntariamente aceptada, tanto por el menor, como por su familia. Ello se acomodaría fácilmente a la naturaleza de la repatriación (medida de protección), e incidiría de forma significativa en la adecuación de la misma, pues es claro que la protección que con ella se persigue requiere la anuencia, tanto del

protegido, como del protector. Asimismo, no ha de perderse de vista, en este contexto, la idea del *dynamic self determinism*, aludida más arriba, que posibilita la evolución del juicio del menor en función de su propio desarrollo evolutivo, pero también del devenir de las circunstancias.

En relación con todos y cada uno de los escenarios referidos, es necesario tener en cuenta el problema que se produce en términos de inseguridad jurídica, derivado de la posibilidad, siempre presente para el menor, de que la Administración incoe un expediente de repatriación⁹⁶⁸, así como del alto grado de probabilidad de que, de permanecer en el Estado de acogida, el menor pase a estar en situación administrativa irregular al alcanzar la mayoría de edad, lo que implicaría, o bien la expulsión, o bien, la situación de vulnerabilidad generalizada que conlleva aquélla situación de irregularidad. Sin perjuicio de que el problema de la incerteza jurídica se abordará con mayor profundidad en el siguiente apartado, lo relevante en este punto es la imposibilidad de realizar una determinación concreta del interés superior del menor, es decir, de decidir lo que más le conviene a la vista de las concretas circunstancias, sin conocer las posibilidades reales del menor de permanecer en España a largo plazo, incluso (y sobre todo) después de alcanzar la mayoría de edad. Si se pudiera prever que, al alcanzar la mayoría de edad, el inmigrante va a quedar al margen de la ley, sin posibilidad de regularizar su situación, habría que relativizar el peso que se otorga en la ponderación al bienestar social, pues de poco vale éste si tiene fecha de caducidad.

En este sentido, dos exigencias ineludibles derivarían del principio de seguridad jurídica en lo relativo a la decisión entre la permanencia y la repatriación. En primer lugar, las repatriaciones forzosas, además de ser excepcionales, han de tener un plazo máximo de ejecución⁹⁶⁹, de manera que, de superarse el mismo, la repatriación sólo pudiera realizarse de forma voluntaria. En segundo lugar, la

⁹⁶⁸ Sobre la inseguridad jurídica que provoca la posibilidad siempre presente de la repatriación: AGUILERA CABELLO, E.: “La atención psicoeducativa a menores inmigrantes no acompañados. La acogida inmediata”, en GARCIA GARNICA, M.C. (dir.): *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinar*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 211-229.

⁹⁶⁹ En esta línea, Elena ROZZI sostiene que “[t]he decision between repatriation or staying in the host country is to be taken speedily, so as not to leave the child in a state of uncertainty which may have serious consequences for his or her process of development”, en *The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation...op.cit.*, p. 23.

permanencia en el Estado de acogida ha de ir de la mano con las posibilidades de regularización al alcanzar la mayoría de edad.

Por último, existen determinados aspectos prácticos y/o logísticos, cuya aplicación redundaría en una mayor eficacia en la determinación casuística del interés superior del menor. En primer lugar, es imprescindible articular un canal de comunicación con los consulados de los principales países de origen, así como un servicio en el consulado español en tales Estados, que persiga una colaboración interestatal sistemática, orientada a determinar, con la mejor información, qué conviene a cada menor. Ello incluiría establecer mecanismos para contactar con las familias de los menores en sus respectivos países de origen, e integrarlas en el proceso decisorio, como partes esenciales para la determinación del interés del menor en cada caso. Desplegar redes de mediación y colaboración con el entorno familiar del menor puede facilitar la identificación de soluciones alternativas, como por ejemplo, que el menor sea acogido por la familia extensa en el país de origen. Sería de gran utilidad contar con organizaciones especializadas en la materia (como el mencionado *International Social Service*). Y con redes de colaboración a nivel de la Unión Europea.

Por último, como ya se mencionó al tratar la dimensión concreta del interés superior del menor (capítulo II), la concreta determinación del interés del menor exige colaboración interdisciplinar.

4. La documentación.

4.1. Regularización durante la minoría de edad.

La regulación relativa al estatus migratorio del menor no acompañado, tanto durante su minoría de edad, como en el tránsito a la mayoría, ha mejorado notablemente con la aprobación, en 2011, del último Reglamento de Extranjería. Queda, no obstante, camino por recorrer.

El análisis de las normas que regulan la regularización administrativa del menor no acompañado (artículos 35 LE y 196 RE), ha de partir de una premisa: la

residencia del menor tutelado se considera, a todos los efectos, regular⁹⁷⁰. Sin perjuicio de ello, la Administración está obligada a tramitar una autorización de residencia a los menores en esta situación.

El principal problema de constitucionalidad detectado, tanto en las normas reguladoras de la materia, como en su aplicación, es el halo de incerteza jurídica que las rodea. La primera de las causas de incertidumbre, ya aludida más arriba, es la posibilidad, siempre latente durante la minoría de edad, de que el joven sea repatriado. A este hecho ha de sumarse la falta de previsibilidad, en cuanto a la posibilidad de ser documentado, que el joven extranjero padece, tanto durante la minoría de edad, como, y especialmente, respecto al momento en que acceden a la mayoría.

Como se verá a continuación, los problemas en este ámbito constituyen una amenaza “de amplio espectro”, que afecta a la mayoría de las dimensiones del principio de seguridad jurídica o exigencias clásicas que la doctrina y la jurisprudencia consideran dimanadas del mismo, a saber, la claridad de las normas; su aplicación efectiva y uniforme, y su predictibilidad de aquéllas⁹⁷¹. El amplio espectro de la amenaza, que a continuación se procederá a desgranar, incrementa el grado de afectación negativa inflingido al principio de seguridad jurídica.

⁹⁷⁰ Artículo 35.7 LE: “Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad”. De acuerdo con Ángeles LARA AGUADO, el término “tutelados” ha de ser interpretado en sentido amplio en este contexto, considerando incluidos a los menores que se hallen bajo otras modalidades de protección respecto de la entidad protectora: protección provisional, guarda, etc. Así parece desprenderse del artículo 196.2 RE cuando establece que para obtener la autorización de residencia el menor habrá de presentar, entre otros requisitos, la certificación de tutela/protección provisional/guarda de la entidad protectora. “Artículo 35: Menores no acompañados”, *op.cit.*, p. 624.

⁹⁷¹ Luis LÓPEZ GUERRA explica que la seguridad jurídica, en un sentido amplio, se ha considerado la suma de todos los principios reconocidos en el artículo 9.3 CE. En: “Notas sobre el principio de seguridad jurídica”, en MORODO, R. y DE VEGA, P.: *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú, Tomo II*, Universidad Complutense de Madrid-Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2000, pp. 1151-1167. Según el autor, el Tribunal Constitucional preconiza dicho entendimiento del principio, como puede apreciarse en su STC 27/1981, de 20 de julio (F.J.10), donde lo define como “la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad (...), la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal modo que permite promover en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”. Respecto a la seguridad jurídica en el concreto marco de la protección de menores: MORENO-TORRES, J.: *La seguridad jurídica y el sistema de protección de menores español*, *op.cit.*

En primer lugar, atendiendo a la documentación **del menor extranjero bajo la tutela de la Administración**, se ha producido durante muchos años un severo problema de falta de aplicación, o aplicación dispar o desigual de las obligaciones legales de la entidad protectora y las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno, en cuanto a la documentación del menor, a saber, declaración de desamparo, asunción de tutela administrativa y tramitación del permiso de residencia. La falta de diligencia de la Administración ha conllevado retrasos injustificados en estos trámites, o incluso que el joven acceda a la mayoría de edad sin contar todavía con documentación. Sin embargo, éste es, de entre los problemas en este ámbito, el que más se ha disipado con el Reglamento de Extranjería de 2011. La posibilidad, abierta por ésta norma, de que sea el mismo menor, su representante, o bien la Delegación o Subdelegación de Gobierno, de oficio, quien solicite la documentación, inhibe el efecto nocivo de la pasividad o demora de la entidad protectora en este sentido, por más que ésta siga siendo la principal obligada a instar tal documentación⁹⁷². Asimismo, el hecho de que se pueda solicitar la autorización de residencia del menor sin necesidad de que previamente se haya constituido la tutela (basta la guarda), elimina una de las rémoras que existían para la tramitación de aquélla, que no era otra que la tardanza de la entidad en asumir la tutela del menor (a veces nunca se llega a asumir⁹⁷³). Además, en caso de no haber podido obtener el pasaporte del menor (motivo por el que antes se encallaban muchos procesos de regularización), será suficiente con presentar su cédula de inscripción (196.2 RE), lo que también agiliza notablemente los trámites⁹⁷⁴. Y por último, se establece el plazo de un mes para que la Delegación resuelva⁹⁷⁵. Por todo ello, puede sostenerse que la situación ha mejorado notablemente, pero no del todo, ya

⁹⁷² Artículo 196.2 RE: “La Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la provincia en la que esté fijado el domicilio del menor iniciará, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia [...]”.

⁹⁷³ El DEFENSOR DEL PUEBLO, en su *Informe anual a las Cortes Generales de 2012*, afirma que existen “supuestos en los que, a pesar de encontrarse el menor bajo la guarda de la entidad autonómica de protección de menores, no se asume la tutela mediante la correspondiente resolución administrativa. La citada práctica resulta especialmente perjudicial para los intereses del menor en aquellos casos en los que se encuentran próximos a cumplir su mayoría de edad” (p. 151).

⁹⁷⁴ No obstante, en la práctica, determinadas Subdelegaciones de Gobierno se niegan a otorgar dicha cédula alegando que no ha quedado suficientemente acreditada la realización de gestiones por parte de la entidad protectora dirigidas a obtener el pasaporte del menor. *Idem*, p. 429.

⁹⁷⁵ Artículo 196.3. RE: “La Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá sobre el procedimiento y notificará la resolución al menor en el plazo máximo de un mes”.

que los plazos no se cumplen y sigue habiendo jóvenes tutelados que alcanzan la mayoría de edad sin documentación⁹⁷⁶.

La reforma normativa plasmada en el nuevo Reglamento llegó después de más de una década de incumplimiento sistemático, por parte de las entidades de protección y/o Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno, de su obligación legal de documentar a menores. Tal incumplimiento (mediante la documentación tardía o falta total de documentación), atentaba frontalmente contra el principio de legalidad. Asimismo, la disparidad y, por ende, desigualdad, en la aplicación del Derecho que aquella dejación -total o parcial- provocaba, vulneraba gravemente la uniformidad en la aplicación del Derecho o, visto desde otro prisma, el principio de igualdad en la aplicación de la ley y, por ende, la seguridad jurídica⁹⁷⁷, con el evidente daño psicológico que ello suponía para el menor, y el escollo que entrañaba para su integración⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Realidad confirmada por Pilar Sánchez (Asociación APOYO) y Marta Martínez (Fundación RAICES). Como indica el DEFENSOR DEL PUEBLO en su *Informe anual a las Cortes* correspondiente al año 2012, “[e]n relación con la autorización de residencia de los menores extranjeros no acompañados tutelados por la Administración, han sido varias las intervenciones tanto ante las entidades autonómicas de protección de menores como ante las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, a fin de recordar el contenido del artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, y su desarrollo reglamentario. Asimismo, la aplicación incorrecta de la retrotracción de efectos de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros tutelados por la Administración, continúa ocasionando perjuicios, en ocasiones irreparables, cuando estos acceden a su mayoría de edad”.

⁹⁷⁷ En esta línea: CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, UNICEF y FUNDACIÓN BANESTO: *Ni invisibles ni ilegales. Realidad Jurídica y Social de los Menores Extranjeros en España. Informe 2009*. Etnia Comunicación, 2009. En este informe se sostiene que tal incumplimiento “viene provocando, entre otras cuestiones, una movilidad geográfica de los menores entre autonomías por falta de la correcta seguridad jurídica dispensada por las Administraciones y entidades de guarda” (p. 103).

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 36. El informe explica que el hecho de que en muchas ocasiones la Administración no documente al menor, y éste aborde su mayoría de edad en situación de residencia irregular, constituye una “inseguridad que se cierne sobre los menores [y] les está creando problemas de salud, sueño, miedo, ansiedad, apatía, agorafobia, etc. Otra repercusión es la negación del derecho a ser reconocido. Es importante que los menores se sientan integrados, reconocidos y escuchados. La autorización de residencia les reconoce ese derecho a “ser” ellos mismos. Al margen del impacto psicológico derivado del propio cambio de residencia, el choque se agrava porque, además de enfrentarse a una legislación desconocida, sufren la situación de incertidumbre jurídica. Aunque estos menores tienen la consideración de “preferentes”, las resoluciones administrativas, que tanto les afectan (declaración de desamparo, resolución sobre la repatriación, resolución concediéndole la autorización de residencia) se alargan un plazo de 2 años o más, incluso alguna resolución no llega nunca, permaneciendo indocumentado hasta su mayoría de edad”. Por su parte, el DEFENSOR DEL PUEBLO afirmaba, en su *Informe Anual a las Cortes Generales del año 2011*, que “la omisión en la realización de actuaciones tendentes a procurar la integración y adaptación de los menores de forma

Tras reiteradas y contundentes denuncias públicas⁹⁷⁹, se llegó a la modificación reglamentaria aludida que, si bien ha paliado el problema, no lo ha solucionado. Por una parte, subsiste la incertidumbre con respecto a los plazos iniciales; en concreto, respecto al momento a partir del cual puede comenzarse la tramitación de la documentación del menor. En este sentido, la única pista que arroja la legislación de extranjería, es que ha de ser una vez desechada la repatriación. No obstante, en ocasiones se ha interpretado, en especial por parte de las entidades de protección del menor, que el Reglamento de Extranjería obliga a esperar nueve meses para comenzar dichos trámites, al afirmar que “en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia” (artículo 196.1 RE). Sin embargo, esta es, a juicio de la doctrina⁹⁸⁰, del Defensor del Pueblo⁹⁸¹, y del Ministerio Fiscal⁹⁸², una interpretación

plena, que incluye la documentación de su residencia legal en España, no solo es perjudicial para estos sino que, además, resulta incomprensible. En este sentido, se ha resaltado la contradicción entre la importante inversión económica y de medios para educar a estos menores con el objetivo de prepararles para desarrollar su propio proyecto de vida adulta y la falta de diligencia en la actuación administrativa” (p. 281).

⁹⁷⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informes Anuales a las Cortes Generales de años 2007, 2008, 2009* (“La grave disparidad de prácticas detectada en los últimos años por esta Institución en lo tocante al acceso a la documentación de los menores ha motivado numerosas intervenciones del Defensor del Pueblo y ha hecho necesario trasladar al Ministerio Fiscal la cuestión con carácter general, ante las graves consecuencias que la incorrecta aplicación de la normativa ocasiona en el proceso de integración sociolaboral de aquéllos”, p. 428), 2010, 2011, 2012; *¿Menores o adultos?...op.cit.*, p. 105; DEFENSOR DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID: *Memoria de ejercicio del 2008*: “otro de los problemas más preocupantes que afecta a estos menores, es el de los retrasos en la concesión de la documentación que les permita la integración efectiva en nuestro país, especialmente cuando se trata de menores que están próximos a alcanzar la mayoría de edad y por tanto a salir de la protección institucional. Si estos menores salen de los centros sin que haya concluido su proceso de regularización, se verán imposibilitados para una incorporación al mercado de trabajo y para ganarse la vida honradamente, viéndose abocados a la delincuencia, la marginalidad y, en el mejor de los casos, a la economía sumergida”; EL PAÍS: *Ilegales al cumplir los 18*, 16 de diciembre de 2009.

⁹⁸⁰ LARA AGUADO, A.: “Artículo 35: Menores no acompañados”, *op.cit.*, p. 633; REVILLA BLANCO, M.: “Infancia, juventud y migraciones: consideraciones finales”, en REVILLA BLANCO, M. (Coord.): *Infancia, juventud y migraciones: una mirada para la cooperación internacional*, Fundación Carolina- Siglo XXI, Madrid, 2011, pp. 397-406.

⁹⁸¹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe Anual a las Cortes Generales, año 2010*, p. 379, y *año 2011*, p. 280: “[...] algunas entidades de protección autonómicas, así como delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, siguen aplicando de manera incorrecta el plazo de nueve meses. El citado plazo, como reiteradamente ha indicado esta Institución y ha comunicado la Fiscalía General del Estado, no significa que hayan de transcurrir obligatoriamente nueve meses para iniciar los trámites de documentación, sino que es un plazo máximo que no tiene por qué cumplirse en todo caso, si queda establecido que no es posible, en interés del menor, proceder a su repatriación o reagrupación familiar.

errónea del precepto, puesto que esos nueve meses constituyen un plazo máximo para documentar al menor, que no tiene por qué agotarse. En virtud de esta interpretación mayoritaria, la Administración estaría obligada a documentar al menor tan pronto como haya descartado, tras una indagación inicial, la repatriación.

En este punto, los mandatos legales están lejos de cumplir con las exigencias de claridad y precisión derivadas de la seguridad jurídica⁹⁸³. Debería existir un plazo claro para la identificación del menor (incluyendo, en su caso, la determinación de la edad) y la valoración de la conveniencia de repatriación, pasado el cual, y descartado el retorno, se deban iniciar los trámites de documentación. Asimismo, debería regularse de forma clara el plazo máximo para la realización de dichos trámites.

Por otro lado, el nuevo Reglamento de Extranjería tampoco resuelve la habitual tardanza, por parte de la entidad de protección, en declarar el desamparo del menor y asumir su tutela. La negligencia en este sentido contraviene la regulación de dichas instituciones contemplada en el Código Civil, en virtud de la cual, el desamparo es una situación de hecho, que ya existe, que sólo se declara, no se constituye. Dicha declaración entraña, por sí misma, *ex lege*, la asunción automática de la tutela por parte de la Administración. Por ende, la declaración de desamparo y consecuente asunción formal de la tutela por la Administración, deben tener lugar inmediatamente después de la constatación de la situación de desprotección constitutiva de desamparo. Sin perjuicio de que las dilaciones en estos trámites no ralenticen, de acuerdo con el Reglamento de 2011, la documentación del menor, pues ésta puede solicitarse con tutela o guarda provisional (como se acaba de exponer), aquéllas ponen al menor en un limbo

⁹⁸² Consuelo Madrigal, Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, dice que a juicio de la Fiscalía, se ha hecho un entendimiento “literal y errado”, de los artículos 35 de la Ley de Extranjería y 92 del Reglamento, ya que los 9 meses son un plazo máximo, no mínimo, y la obligación de documentar al menor es inmediata, y entra dentro de las obligaciones de la entidad de protección para con el menor. Añade que dicho entendimiento erróneo ha conducido a una disparidad de prácticas entre las distintas Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. En DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p. 104. En la misma línea: Conclusión nº 16 de las *Conclusiones de Fiscales de Especialistas en Extranjería* en las *Jornadas en Oviedo 15-16 octubre 2009*.

⁹⁸³ La claridad normativa es una exigencia del principio de seguridad jurídica. LÓPEZ GUERRA, L.: “Notas sobre el principio de seguridad jurídica”, *op.cit.*, p. 1154). STC 46/1990, de 15 de marzo, F.J. 4: “la exigencia del 9.3 CE relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas”.

jurídico, sin representación legal. Por ello, se requeriría una regulación más segura, que incluyera un plazo máximo para la declaración de desamparo y la asunción formal de la tutela⁹⁸⁴. Regulación que debería aprobarse en el ámbito de la protección del menor, no de la extranjería.

Otra causa, bastante común en el pasado reciente, y todavía constatable, del incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública en materia de regularización del menor, es el cese de la tutela administrativa tras la fuga del menor del centro de protección⁹⁸⁵. Ello supone, además, un incumplimiento del Código Civil por parte de aquélla, pues como tutora y representante legal del menor, es responsable de él hasta que dicha tutela cese, y la fuga o la movilidad del menor no constituyen causas de extinción de la misma⁹⁸⁶. Junto al cumplimiento de las obligaciones de las entidades públicas de protección, un uso eficiente del Registro de Menores no Acompañados, mediante la sistemática identificación de los menores (con fotografía y huella dactilar), impediría que éstos entraran y salieran de los servicios de protección empleando diferentes nombres y, por ende, los ceses injustificados de tutelas⁹⁸⁷. Ello facilitaría, en consecuencia, la regularización del menor.

⁹⁸⁴ No compartimos, en este sentido, por considerarlo excesivo, el plazo máximo de tres meses propuesto por la Fiscalía para dictar la declaración de desamparo. Según dicha institución, durante esos meses habría de realizarse la evaluación del menor, que incluyera su identificación, la determinación de la edad, búsqueda de su familia, etc. Si la entidad pública no cumpliera ese plazo, habrían de ser los fiscales de menores “los que acudan a la autoridad judicial para que en el procedimiento que corresponda, normalmente de jurisdicción voluntaria, aunque también podría ser por la vía del artículo 158 del Código Civil, demanden de la autoridad judicial el hecho de que la entidad pública de protección dicte la resolución de desamparo”. Asimismo, los fiscales estiman que después del primer mes (dentro de esos tres), tras una evaluación aproximativa de la identificación del menor, rastreo de familia, y posibilidades de repatriación, la entidad debe pronunciarse a favor o en contra de esta medida y, en este último caso, iniciar el proceso de documentación. Consuelo Madrigal, Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, en DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ... op.cit.*, p. 104. La propuesta del plazo de tres meses se recoge también en: *Conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialistas en menores y extranjería*. Madrid, 20 de abril de 2010, Conclusión 1.

⁹⁸⁵ *Informe Anual a las Cortes Generales de los años 2011* (p. 282) y *2012*, p. 151: “se han continuado recibiendo quejas en relación con el cese de tutela de los menores debido a lo que la entidad de protección de menores autonómica denomina “ausencia voluntaria del centro”, pese a que el artículo 276 del Código Civil dispone que este cese se producirá por causas tasadas, que no incluyen dicha ausencia”.

⁹⁸⁶ Las causas de extinción de la tutela administrativa son las mismas que las de la tutela ordinaria de menores, previstas en los artículos 276 y 277 CC, a las que se añaden dos: la cesación de la situación de desamparo por el menor, y el nombramiento de un tutor ordinario. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, *op.cit.*, pp. 320-324.

⁹⁸⁷ MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.: “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional?”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOROY

¿Pero qué tipo de documentación se concede a los menores no acompañados? Generalmente se les expide una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de un año de duración, en lugar de dos años, que es la duración de la autorización de residencia temporal ordinaria. La eficacia del documento se retrotrae al momento de puesta a disposición del menor en los servicios de protección (artículo 196.4 RE). La renovación, también de un año de duración, se tramita de oficio, por la Delegación o Subdelegación de Gobierno correspondiente, lo que constituye una garantía adicional para el inmigrante menor de edad⁹⁸⁸.

A pesar de que la residencia del menor tutelado en España se considera regular a todos los efectos, y de que, “la ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor” (artículo 35.7 LE); en la práctica, no documentar al menor tiene consecuencias nocivas para él, como la imposibilidad de acceder a cursos de formación y/o prácticas profesionales (para lo que se les exige documentación)⁹⁸⁹, o, como se verá enseguida, la irregularidad administrativa al alcanzar la mayoría de edad, lo que supone una dificultad agravada para su regularización como adulto.

La Administración está obligada a documentar al menor, no sólo en virtud de la legislación de extranjería⁹⁹⁰, sino también de la Ley del Menor⁹⁹¹, y de su

ARAMBARRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 97-112, p. 108.

⁹⁸⁸ Artículo 196.5 RE: “El procedimiento sobre la renovación de la autorización de residencia o de la autorización de residencia y trabajo será iniciado de oficio por la Oficina de Extranjería competente, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. El inicio del procedimiento prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Procederá la renovación de la autorización cuando subsistan las circunstancias que motivaron su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de un año, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración”.

⁹⁸⁹ Entrevista realizada a Pilar Sánchez, abogada especializada en la defensa de menores extranjeros no acompañados de la asociación APOYO (Madrid), a 1 de octubre de 2012.

⁹⁹⁰ Artículo 35.7 LE: “[...] A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”.

⁹⁹¹ Artículo 10.4 de la Ley del Menor: “Una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación en los términos que reglamentariamente se determinen”.

condición de tutora del menor (154 CC). En este sentido, tramitar la documentación constituye una medida de protección específica para el menor extranjero.

El sistema de protección ha de contemplar las diferencias jurídicamente relevantes que presentan los distintos menores, con la finalidad adecuarse a sus respectivas necesidades. De ahí que la protección brindada a los menores no acompañados haya de compensar las dificultades, a las que éstos se enfrentan, derivadas de su condición migratoria y de la ausencia de referentes familiares. Dificultades que se agravan severamente en el “salto al abismo” que supone el paso a la mayor edad. Y es que, como se verá a continuación, si éste quiere permanecer en situación administrativa regular al cumplir los 18 años, generalmente tendrá que demostrar la posesión de medios económicos suficientes (lo que parece sardónico tratándose del colectivo objeto de estudio), o alternatively, la posesión de un contrato de trabajo.

El sistema de protección debe, no sólo permitir al joven ex-tutelado procurarse la subsistencia en el país de acogida, sino también compensar la precariedad residencial del menor tutelado, y la incertidumbre respecto a su futuro, con algún elemento que aporte estabilidad. En el ámbito de la documentación, un elemento de dichas características es la autorización de residencia y trabajo. De ahí que sea imprescindible que, cuando el menor esté en edad de trabajar, se le otorgue dicha autorización⁹⁹². Ello facilitará su integración, no sólo por brindarle la posibilidad de trabajar legalmente, sino por la estabilidad que le proporciona saber que accederá a la mayoría de edad en posesión de una autorización de residencia y trabajo que, por más que ésta pueda caducar pronto, le brindará más oportunidades en términos residenciales que una simple autorización de residencia. Y ello porque es más sencillo renovar una autorización de residencia y trabajo, que obtener una nueva.

⁹⁹² Según Consuelo Madrigal, Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, para los menores no acompañados, por encontrarse, generalmente, próximos a la mayoría de edad, “el permiso de trabajo es necesario para la subsistencia independiente”. Añade que “es esencial exigir también [al sistema de protección] unas determinadas condiciones, cautelas y exigencias de su más eficaz protección”, entre las que figura la autorización de trabajo. En DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? ...op.cit.*, p. 105. En el mismo sentido se pronuncia Lourdes Reyzábal, presidenta de la Fundación RAICES, defendiendo que todos los jóvenes extranjeros deberían “salir” (del sistema de protección, al alcanzar la mayoría de edad) con autorización de residencia y trabajo.

La concesión de la autorización de trabajo a los menores no acompañados constituiría, en este sentido, una forma de paliar o aliviar la mayor dificultad a la que se aquéllos enfrentan para subsistir cuando transitan a la mayoría de edad y dejan de contar con la protección del Estado⁹⁹³. En este sentido, están en desventaja con respecto a los jóvenes nacionales, pues éstos no requieren autorización de trabajo. Si el joven nacional tiene familia, la desventaja es doble, por el respaldo familiar con el que éste cuenta, y el inmigrante, no. Ésta última sería también una desventaja del joven inmigrante no acompañado con respecto al que cuenta con su familia en España.

La regulación vigente contempla dos particularidades en cuanto a la posibilidad de los menores no acompañados de trabajar legítimamente en España, a saber, que la autorización de trabajo que se le conceda no ha de tener en cuenta la situación nacional de empleo⁹⁹⁴, por un lado, y que ni siquiera es necesario que se les expida autorización de trabajo para el desempeño de actividades laborales propuestas por la entidad de protección para favorecer su integración⁹⁹⁵. Los efectos derivados de esta exención de autorización de trabajo, por lo que se acaba de argüir, pueden ser más nocivos que beneficiosos para el menor, puesto que alcanzaría la mayoría de edad desprovisto de este documento.

Por otro lado, la regularización administrativa vía naturalización, a la que tiene derecho a acceder el joven inmigrante (independientemente de si es mayor de edad o no) que cumpla con el doble requisito de haber estado tutelado en España durante dos años consecutivos, y haber residido legalmente en España durante el año

⁹⁹³ Fernando Galeta, colectivo La Calle, transmite la idea de forma muy acertada: “¿se imaginan que un padre echara a su hijo de casa al cumplir los 18, pero sin posibilidad de trabajar o valerse por sí mismo?”, en EL PAÍS: *Ilegales al cumplir los 18*, 16 de diciembre de 2009.

⁹⁹⁴ Artículo 40.1 LE: “No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo vaya dirigido a: i. Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen”.

⁹⁹⁵ Artículo 41.1: “No será necesaria la obtención de autorización de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes: [...] j: Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social”

inmediatamente anterior a la solicitud⁹⁹⁶, es una vía poco o nada utilizada en la práctica, a pesar de que muchos jóvenes cumplirían los mencionados requisitos⁹⁹⁷. Su falta de éxito puede responder a distintas razones, como la renuencia a asumir la nacionalidad española y perder la propia, o la demora del trámite de la nacionalidad, pero también, sin duda, a la falta de asesoramiento jurídico gratuito al menor, también respecto a su documentación.

Sin perjuicio de que el tema de la asistencia letrada al menor no acompañado se abordará, de forma general, en el epígrafe posterior, no pueden dejar de mencionarse aquí los efectos nocivos que tiene para el menor la falta de asesoramiento letrado en lo referente a la documentación. Atendiendo a la especialidad de la materia, su confusa regulación, y la negligencia con la que en los últimos años ha actuado la Administración en este ámbito, es obvio que una eficaz defensa de los derechos del menor relacionados con su *status* migratorio, requiere de asistencia letrada especializada. Máxime teniendo en cuenta la enorme repercusión que la falta de documentación posee sobre la situación del joven inmigrante, tanto mientras que es menor (acceso a cursos de formación, prácticas profesionales, etc.), como cuando accede a la mayoría de edad, por las dificultades que ello entrañaría para regularizarse. El resultado de que no se reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita, tampoco en este trámite, es que la documentación del menor descansa exclusivamente bajo la responsabilidad de su tutora, la entidad de protección (aquella a la que se acaba de imputar una actuación negligente), y de su guardador, normalmente el personal del centro de protección, que suele estar integrado por trabajadores sociales, o educadores, pero no por juristas⁹⁹⁸. Ello dificulta la documentación del menor y, por ende, mina su protección.

⁹⁹⁶ Artículo 22.2 CC: “Bastará el tiempo de residencia de un año para [...] c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud”

⁹⁹⁷ CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, UNICEF y FUNDACIÓN BANESTO: *Ni invisible ni ilegales...op.cit.*, p. 142. La escasa o nula utilización de esta vía fue confirmada por Pilar Sánchez, abogada especializada en la defensa de menores extranjeros no acompañados de la asociación APOYO (Madrid), en entrevista realizada, a 1 de octubre de 2012, y por Marta Martínez Sierra, abogada de la Fundación RAICES, en entrevista realizada el 26 de septiembre de 2013.

⁹⁹⁸ Pilar Sánchez, abogada especializada en la defensa de menores extranjeros no acompañados de la asociación APOYO (Madrid), confirma que la Administración no proporciona los medios suficientes al menor tutelado, de cara a obtener su documentación. En entrevista realizada, a 1 de octubre de 2012

En ausencia de asistencia letrada gratuita, la figura a la que el ordenamiento encomienda la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de protección del menor extranjero no acompañado, incluyendo las relativas a su documentación, es el Ministerio Fiscal⁹⁹⁹. Sin embargo, un seguimiento individualizado por parte de esta institución, de la documentación de todos y cada uno de los menores, constituye una aspiración demasiado optimista, dado el elevado número de menores no acompañados existente, y los recursos limitados de aquélla.

Y por último, ¿cuál es la situación administrativa del menor extranjero no acompañado que no ha accedido al circuito normalizado de protección de menores, es decir, que no está bajo la tutela o la guarda de la Administración u otra entidad? La literalidad de la ley, en virtud de la cual “[s]e considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad”, hace levantar sospechas, máxime cuando el mismo precepto, más adelante, y como si se refiriera a los mismos menores (los tutelados), afirma que “[l]a ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor” (35.7 LE). ¿Quiere ello decir, *sensu contrario*, que al menor no tutelado sí puede impedírsele el disfrute de dichos derechos, en base una supuesta situación administrativa irregular? La respuesta sólo puede ser negativa: el estatuto constitucional del menor reconstruido en este trabajo, integrado, entre otras cosas, por los consolidados principios de prohibición de discriminación del menor en base al status migratorio, y prevalencia de su interés superior, impiden aquél trato peyorativo. Por ello, al menor que no ha ingresado en el sistema de protección no se le podrá aplicar ninguna medida distinta respecto al tutelado; es más, debe interpretarse que la disposición cuestionada (art. 35.7 LE) va dirigida a comenzar el itinerario de protección con dichos menores no

⁹⁹⁹ “La Fiscalía de Menores debería supervisar que a los menores no acompañados que no son repatriados y se quedan en territorio español se les dote de una autorización de residencia transcurridos nueve meses desde su declaración de desamparo, tal y como reza la legislación, así como que los menores no acompañados mayores de 16 años que se encuentren en los centros de reforma juvenil y quieran trabajar, cuenten con la autorización de trabajo necesaria para poder hacerlo”. En CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, UNICEF y FUNDACIÓN BANESTO: *Ni invisible ni ilegales...op.cit.*, p. 141.

tutelados, con el objetivo de incluirlos en el circuito de protección¹⁰⁰⁰. Asimismo, ha de recordarse que la tutela administrativa sobre el menor no cesa por razón de la fuga de éste del centro de protección.

4.2. Tránsito a la mayoría de edad.

En el momento crucial del **acceso a la mayoría de edad** del extranjero que ha sido tutelado por la Administración¹⁰⁰¹, se pueden presentar dos posibles escenarios, en función de si aquél ha sido documentado mientras era menor, o no.

Preliminarmente ha de aludirse a una vía de regularización que es posible en cualquiera de los dos escenarios, que es la residencia de larga duración (artículo 148.3.e) RE) para quienes, al alcanzar la mayoría de edad, “hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva”, independientemente de que contaran con autorización de residencia o no (el Reglamento no lo exige).

Fuera de este supuesto, y atendiendo al primer escenario planteado, en el que el joven ha obtenido la autorización de residencia durante la minoría de edad, éste podrá solicitar la renovación de la misma, de acuerdo con el procedimiento para la renovación de las autorizaciones temporales de carácter no lucrativo (197.1 y 2 RE), para lo que ha de contar con medios económicos propios; o bien, antes de que caduque la autorización de residencia, solicitar la modificación de ésta por una

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*. En la misma línea, se afirma en este informe que la situación regular de los menores extranjeros, independientemente de que estén o no tutelados por la Administración, y la consiguiente prohibición de expulsión, vendría impuesta por los Convenios y Tratados internacionales suscritos en materia de protección de menores, así como por nuestro Ordenamiento jurídico (artículo 39 CE y concordantes).

¹⁰⁰¹ Puede considerarse que éste es el momento en el que los jóvenes extranjeros están más desprotegidos, pues el Estado deja de responder por ellos. Así opinan también las directoras del centro de protección de menores El Espinar, de la Comunidad de Madrid: EL PAÍS: *Cuando el Estado también es papá*, 9 de septiembre de 2013.

autorización de residencia y trabajo¹⁰⁰², presentando para ello un contrato de trabajo, o varios sucesivos. La tramitación de esta última autorización presenta la peculiaridad de que no se toma en consideración la situación nacional de empleo¹⁰⁰³.

Con respecto a la renovación de residencia temporal con fines no lucrativos, el Reglamento añade al requisito estrictamente económico¹⁰⁰⁴, dos particularidades para el caso específico de los jóvenes ex-tutelados, a saber, que “podrán ser” tenidos en cuenta los informes positivos presentados por las entidades públicas competentes, y que “se tendrá en especial consideración” la integración del solicitante en la sociedad. Para valorar el grado de cumplimiento de este último requisito, proporciona los siguientes criterios: el respeto a las normas de convivencia en el centro de protección, el grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado, la existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes, el tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española, la continuidad en los estudios, la existencia de una oferta o contrato de trabajo y la participación en itinerarios de formación (artículo 197.3).

Más complicada es la regularización de los jóvenes ex-tutelados a quienes no se haya documentado mientras eran menores (198 RE), puesto que la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que es la única opción que el ordenamiento prevé para ellos, depende de que la entidad protectora-la misma por cuya negligencia no están documentados-emita un informe

¹⁰⁰² Artículo 197.6 RE: “En el momento de su acceso a la mayoría de edad o durante cualquier momento posterior, podrá ser solicitada la modificación de la autorización de residencia vigente de cara a la obtención de una autorización de residencia y trabajo, en los términos establecidos en el artículo 200 de este Reglamento. A los efectos de dicha modificación, podrán ser presentados uno o más contratos de trabajo de vigencia sucesiva”.

¹⁰⁰³ Artículo 200.1 RE: “Los extranjeros que se encuentren en España durante al menos un año en situación de residencia podrán acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el artículo 64, excepto el previsto en el apartado 3.a)”. Artículo 64.3 RE: “En relación con la actividad laboral a desarrollar por los extranjeros que se pretende contratar, será necesario que: a) La situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero en los términos previstos en el artículo 65 de este Reglamento”

¹⁰⁰⁴ Artículo 197.2: “a) La cuantía a acreditar como medios económicos para su sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM”. El IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) mensual en 2013, es decir, la cantidad mensual que deberá acreditar el extranjero es de 532, 51 euros.

de recomendación, atendiendo principalmente a su participación en actividades formativas y otras programadas por dicha entidad para favorecer su integración, además de, o bien demostrar la posesión de medios económicos, o bien la posibilidad real de obtenerlos, ya sea mediante contrato de trabajo o mediante un proyecto de actividad por cuenta propia, con unas determinadas expectativas de rendimiento¹⁰⁰⁵. En los dos últimos supuestos, la autorización que en su caso se conceda será de residencia y trabajo, en el primero, sólo de residencia. En este segundo escenario, también habrá de tenerse una “especial consideración” al grado de inserción social, atendiendo a los criterios de integración precitados.

Lo verdaderamente relevante de la existencia de dos escenarios es el distinto trato normativo que reciben los ex-tutelados documentados y los no documentados, siendo la regularización de estos últimos más difícil e incierta: mientras el trámite de aquéllos consiste en renovar su autorización, el de éstos consiste en obtenerla, lo que se hace depender, entre otras cosas, del informe de recomendación de la entidad de protección. Proporcionar un trato normativo peyorativo a un colectivo que, por encontrarse en situación administrativa irregular, es más vulnerable que el que constituye el *tertium comparationis*, cuando además es la Administración la que, con su dejación de funciones, ha provocado ese mayor grado de vulnerabilidad; es irrazonable e injustificado, es decir, discriminatorio.

La situación material de los jóvenes ex-tutelados documentados e indocumentados es exactamente la misma: jóvenes inmigrantes que acceden a la mayoría de edad después de haber sido tutelados por la Administración española, y, por tanto, de haber disfrutado de residencia regular. El distinto grado de vulnerabilidad que padecen los que han obtenido documentos con respecto a los que no, se eliminaría si los requisitos exigidos a estos últimos para regularizarse, fueran los mismos que si hubieran tenido la autorización de residencia (y, en su caso, trabajo) que les correspondía. Es decir, habría de computarse el tiempo que el menor ha permanecido en el circuito de protección (desde su puesta a disposición de los servicios de protección) como residencia legal efectiva. En la misma línea, y de acuerdo con la propuesta del Consejo General de la Abogacía, la concesión de la

¹⁰⁰⁵ Equivalentes al 100% del IPREM.

autorización de trabajo a este colectivo de ex-tutelados indocumentados, debería hacerse sin tomar en consideración la situación nacional de empleo¹⁰⁰⁶.

Por otra parte, subsiste un problema de incumplimiento de las normas, con el consiguiente perjuicio en términos de seguridad jurídica. En este sentido, aunque cada vez es menos frecuente, todavía se constata que algunas Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno siguen ideando vericuetos para evitar que los jóvenes ex-tutelados adquieran o conserven la regularidad administrativa, como la extinción automática de su autorización de residencia cuando alcanzan la mayoría de edad¹⁰⁰⁷, la concesión a los menores tutelados de autorizaciones de residencia que caducan el día antes de cumplir los 18 años¹⁰⁰⁸, o la denegación de autorizaciones de residencia a jóvenes ex-tutelados por motivo de diligencias de reforma tramitadas durante la minoría de edad¹⁰⁰⁹. No obstante, los jueces han ido, poco a poco, encorsetando esta perversa creatividad¹⁰¹⁰.

Otro problema de los que integran la amenaza de amplio espectro a la seguridad jurídica a la que se aludía al comenzó del epígrafe, es la falta de certeza y claridad en la regulación del tránsito a la mayoría de edad desde la perspectiva documental. En efecto, expresiones como “podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos [de las entidades protectoras]”¹⁰¹¹, o “se tendrá en especial

¹⁰⁰⁶ El Consejo hizo esa propuesta (sin éxito), al valorar el borrador del Reglamento de Extranjería: *Informe sobre el borrador del Reglamento de Extranjería*, de 18 de febrero de 2010, p. 49.

¹⁰⁰⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe anual a las Cortes Generales 2012*, p. 152: “se constata que algunas delegaciones del Gobierno continúan extinguiendo las autorizaciones de residencia concedidas a los menores al alcanzar su mayoría de edad, al entender desaparecidas las circunstancias que sirvieron de base a la concesión (lo que incrementa la inseguridad jurídica)”.

¹⁰⁰⁸ Entre las muchas resoluciones que condenan esta práctica: SJCA nº 1 de San Sebastián nº25/2010, de 9 de febrero.

¹⁰⁰⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe anual a las Cortes Generales 2012*, p. 152: “Se ha recordado a los organismos implicados el deber de respetar la estricta confidencialidad de las reseñas de los menores y la prohibición de utilizar datos de expedientes tramitados bajo la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor, en otros procedimientos”.

¹⁰¹⁰ Verbigracia, en la STSJ de País Vasco, 306/2009, de 7 de mayo, se condena la denegación de autorización de residencia por razones excepcionales, a un joven que acababa de acceder a la mayoría de edad, sobre la base de que no habían transcurrido los nueve meses de tutela administrativa necesarios para solicitar la documentación. En otras resoluciones judiciales, por ejemplo, la SJCA nº 1 de San Sebastián nº25/2010, se condena la práctica de no tramitar la renovación de la autorización de residencia temporal a ex-tutelados por la Administración, alegando que procede, en su lugar, un nuevo permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

¹⁰¹¹ Artículo 197.2.b) RE, respecto a la renovación de la autorización de residencia del ex-tutelado documentado. Marta Martínez Sierra, abogada de la Fundación RAICES, explica que actualmente,

consideración el grado de inserción del solicitante en la sociedad española”, otorgan a la Administración un margen considerable de discrecionalidad. Sin perjuicio de que se hayan incluido en el Reglamento criterios para interpretar el grado de inserción en la sociedad, lo que supone un logro en términos de seguridad jurídica, subsisten ciertas dudas con respecto a la interpretación de los mismos: ¿cuál es el peso de cada uno?, ¿existe preponderancia de unos sobre otros?, ¿cómo se mide el grado de satisfacción de los mismos?, ¿qué grado de satisfacción se requiere para que se puedan considerar cumplidos?, etc.

Además, no está claro el peso que tienen los informes positivos de la entidad protectora en la renovación de la autorización de residencia del ex-tutelado, ni los criterios que sigue aquélla para otorgarlo, que no son transparentes. Como tampoco lo son los que sigue dicha entidad para conceder el informe de recomendación para la concesión de la autorización de residencia de los jóvenes que acceden a la mayoría de edad sin documentación, en cuyo caso la opacidad es especialmente peligrosa, puesto que aquél informe es preceptivo para su regularización. En este sentido, y siendo la publicidad de las normas otra de las exigencias del principio de seguridad jurídica¹⁰¹², la recomendación de la entidad protectora, debería atenerse a parámetros públicos, máxime teniendo en cuenta la repercusión que dicho informe tiene en la vida del inmigrante¹⁰¹³.

en la práctica, ese informe se utiliza para suplir algún requisito de los exigidos para la renovación del permiso de residencia. En entrevista realizada a 26 de agosto de 2013.

¹⁰¹² “En puridad, como han señalado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la publicidad se configura como un elemento constitutivo de la seguridad jurídica, en cuanto sirve para llevar al conocimiento de los ciudadanos las reglas a las que han de adecuar su conducta en forma continuada”, en LÓPEZ GUERRA, L.: “Notas sobre el principio de seguridad jurídica”, *op.cit.*, p. 1153.

¹⁰¹³ Pilar Sánchez, abogada especializada en la defensa de menores extranjeros no acompañados de la asociación APOYO (Madrid), explicaba en la entrevista realizada el 1 de octubre de 2012, que los criterios por los que se rige el Instituto Madrileño de la Familia y el Menor para la concesión del informe han sido, durante mucho tiempo, un verdadero misterio, además de muy restrictivos, de manera que los chicos percibían su concesión como una lotería. Por otro lado, Marta Martínez Sierra, abogada de la Fundación RAICES, en una entrevista realizada un año después, el 26 de agosto de 2013, afirmaba que, después de un largo periodo, en el que aquél Instituto no ha emitido ni un solo informe de recomendación, ahora dichos informes han empezado a emitirse, pero no por dicho Instituto, sino por la Dirección General de Inmigración de la Consejería de Asuntos Sociales. De manera que aquéllos han pasado a equipararse a los llamados “informes de esfuerzo de integración”, que se emiten a los inmigrantes con el objetivo de compensar la falta de cumplimiento de algún requisito en el procedimiento de renovación de su documentación. Es patente que este órgano queda más lejos de la figura del ex-tutelado, y no cuenta con información sobre la integración del mismo mientras ha permanecido bajo el sistema de protección. Ésta constituye, por

Además, la falta de parámetros seguros provoca una falta de uniformidad en la aplicación del Derecho, tanto por parte de las entidades autonómicas de protección y Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno, como de los órganos jurisdiccionales que revisan las resoluciones de estas últimas. Ello incide en el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Y por último, existe un aspecto, de naturaleza material o sustantiva, que también afecta negativamente al principio de seguridad jurídica, y es el hecho de que ciertos requisitos esenciales para prorrogar la regularidad administrativa a la mayoría de edad, dependen de factores que, en parte, no recaen en el ámbito de actuación y control del interesado, es decir, no dependen de sus propios méritos, y en muchos casos resultan inalcanzables. Es el caso del requisito de contar con medios económicos suficientes¹⁰¹⁴, que para un joven extranjero de 18 años no es algo precisamente fácil de cumplir, y menos en periodo de crisis económica. Lo mismo ocurre con el requisito alternativo de contar con un contrato de trabajo. Y en parte, con el de contar con el informe de recomendación de la entidad de protección, pues al no existir parámetros ciertos y conocidos que guíen la decisión de ésta, también escapa al control del interesado.

A todo lo expuesto se suma la naturaleza especialmente sensible, en términos políticos, de la inmigración, de manera que los criterios de interpretación de las normas en esta materia son especialmente cambiantes, subyugados a menudo a consideraciones políticas sobre la gestión de flujos migratorios, o a la situación económica del país. De ahí que la interpretación, por parte de los operadores jurídicos, de la concurrencia o no de los requisitos que la legislación exige para la regularización, puede variar en función del contexto migratorio del momento, así como de una gran cantidad de factores (crisis económica o color ideológico del gobierno de turno, por ejemplo). En materia de inmigración, el margen de discrecionalidad administrativa se emplea, a menudo, con fines políticos.

último, otra forma de incumplimiento en materia de documentación, ya que el Reglamento ordena expresamente que sean las entidades de protección las que elaboren el informe.

¹⁰¹⁴ Como se ha dicho, un mínimo de 532,51 € mensuales.

4.3. Los efectos de la inseguridad jurídica sobre la integración del menor.

La sinergia de las causas de inseguridad jurídica hasta ahora aducidas, supone una situación de precariedad residencial para el menor no acompañado, que tiene un efecto nocivo sobre su proceso de integración y sobre el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales¹⁰¹⁵. A pesar de que el momento más agudo, en términos de inseguridad jurídica, se produce en el tránsito a la mayoría de edad, el efecto inhibitor del ejercicio de derechos se proyecta sobre todo el tiempo de residencia del menor en España, desde su llegada, pues la amenaza de repatriación, o bien de expulsión, o de la fatalidad de la irregularidad administrativa al alcanzar la mayoría de edad, pende, cual espada de Damocles¹⁰¹⁶, sobre aquél, disuadiendo su integración, su educación, sus aspiraciones profesionales, su participación política en la sociedad de acogida, etc. Condicionando, en fin, el ejercicio de muchos de sus derechos fundamentales. En conclusión, la inseguridad jurídica derivada de la precariedad residencial pone al menor no acompañado en una situación de vulnerabilidad generalizada.

Además, la inseguridad jurídica dificulta enormemente la determinación concreta del interés superior del menor, ya que para decidir qué es lo que más le conviene, han de conocerse las opciones reales de futuro. Si un menor, tras no ser repatriado en un plazo inicial, conoce los requisitos que ha de cumplir para permanecer en España, y los mismos dependen mayormente de su propia actuación, puede invertir todo su esfuerzo en esa dirección, y trazarse un proyecto de futuro a largo plazo, que le permita integrarse plenamente en la sociedad de acogida. Los requisitos para extender el estatus migratorio regular una vez alcanzada la mayoría de edad deben constituir un estímulo, no una amenaza, un incentivo para

¹⁰¹⁵ Como defiende Ruth RUBIO MARÍN con respecto a los inmigrantes en general, no sólo los menores, “la precariedad residencial tiene a menudo un efecto inhibitorio sobre el disfrute de otros derechos de índole social o política para los que en principio, pueda el extranjero estar legitimado”, en “La inclusión del inmigrante. Un reto para las democracias constitucionales”, *op.cit.* p. 24.

¹⁰¹⁶ Pilar Sánchez, abogada especializada en la defensa de menores extranjeros no acompañados de la asociación APOYO (Madrid), en entrevista realizada en Madrid el 1 de octubre de 2012, describió los dañinos efectos que la incertidumbre tiene sobre los menores: además de desincentivarles para la integración, con el peligro de caer en la marginalidad que ello implica, les provoca a menudo serios problemas psicológicos y emocionales. Este ha sido también un tema de preocupación en la opinión pública, como refleja la prensa: EL PAÍS: *La vida secreta de Fouad*, 30 de julio de 2007.

integrarse y contribuir al desarrollo del Estado en que residen. Por el contrario, un menor que, valorando la dificultad de cumplir tales requisitos en el momento de cumplir los 18 años, y ponderando su situación en el país de origen y las posibilidades de permanecer en España, estimara más conveniente la repatriación, podría recurrir a ésta voluntariamente, siempre que ello no conlleve riesgo para su vida o integridad física y moral. En conclusión, no se trata de admitir automáticamente, y sin condicionamientos, la residencia regular e indefinida de todo menor ex-tutelado, sino de ofrecer a éste una posibilidad real de futuro en el Estado en que reside, de manera que, cumpliendo determinados requisitos de integración, pueda trazar su proyecto de vida personal, y desarrollarse íntegramente. Ofrecer esta posibilidad es, sin duda, una de las obligaciones del tutor, y uno de los deberes del sistema de protección de menores.

Ante la situación de vulnerabilidad generalizada en que se encuentra el menor no acompañado por unas reglas de transición a la mayor edad no seguras en términos de documentación, el Estado social, protector natural y principal de aquél, ha de proveer seguridad y certeza. La respuesta ante la vulnerabilidad general debe ser tanto a nivel de regulación, integrando en las normas parámetros claros y seguros, como a nivel de aplicación administrativa y judicial de dichas normas, que deberá respetar los principios de legalidad (cumpliendo lo dispuesto) e igualdad (aplicándolas uniformemente). Es necesario, en este sentido, que la entidad de protección defina y haga públicos los criterios en base a los cuales se emite el informe de recomendación, así como que se afine en la motivación de las resoluciones, tanto administrativas¹⁰¹⁷, como judiciales¹⁰¹⁸, para ir definiendo

¹⁰¹⁷ Las resoluciones administrativas en materia de extranjería deben ser motivadas, a excepción de las relativas a determinados tipos de visado, en concreto los que no sean para reagrupación familiar ni trabajo por cuenta ajena. Artículo 40.2 LE: “Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley”. Artículo 27.6 LE: “La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito”. Además, como Miguel BELTRÁN DE FELIPE (*Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 53), la no motivación puede ser un indicio de arbitrariedad.

¹⁰¹⁸ Según Pilar Sánchez, abogada especializada en la defensa de menores extranjeros no acompañados de la asociación APOYO (Madrid), en entrevista realizada en Madrid el 1 de octubre

criterios de interpretación y aplicación de la ley. En definitiva, es imprescindible continuar avanzando por el camino de predictibilidad iniciado por el Reglamento de Extranjería vigente, para que el joven extranjero pueda conocer de antemano cuáles son las consecuencias jurídicas de los propios actos, y a su vez, adecuar su actuar a dichas consecuencias.

Junto a las razones de seguridad jurídica, y de protección del menor, también existen razones de cariz económico, de interés general, en el establecimiento de parámetros ciertos que ofrezcan al menor una posibilidad real de permanencia regular, pues de esta forma, éste podría revertir a la sociedad la “inversión” que el Estado ha realizado para garantizar su protección¹⁰¹⁹.

5. Representación independiente y asistencia jurídica gratuita del menor no acompañado.

El menor extranjero no acompañado, como todo menor, posee una capacidad de obrar progresiva, que alcanza su plenitud al llegar a la mayoría de edad. Hasta este momento, requiere de un representante legal, que ejerza, en su nombre e interés, aquéllas facultades que él no puede ejercer, siempre que las mismas admitan el heteroejercicio¹⁰²⁰.

de 2012, las motivaciones de las resoluciones denegatorias de las autorizaciones a veces se basan en informes de la policía, ni siquiera en sentencias condenatorias, vulnerando, por tanto, la presunción de inocencia.

¹⁰¹⁹ La SJCA n° 1 de San Sebastián n°25/2010, de 9 de febrero, hace hincapié en el contrasentido que supone invertir en el menor no acompañado (en su formación, etc.) y que éste pase a la irregularidad inmediatamente después de alcanzar la mayoría de edad. Estima la sentencia que esto supone un cambio de estatus demasiado brusco, y en absoluto motivado o “evitable” por la conducta del menor, que va en contra de la integración, así como de la paz social. Asimismo, añade que no es rentable desde punto de vista económico “invertir” en población que inmediatamente después de su formación quedará en la irregularidad.

¹⁰²⁰ Artículo 162 CC: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”. En lo que respecta a los derechos fundamentales, como expresa Benito ALÁEZ, quedan excluidas del heteroejercicio aquellas “facultades iusfundamentales que consisten en actos naturales dirigidos

Los representantes legales naturales del menor son los padres y tutores (artículo 162 CC). Pero, ¿qué ocurre cuando éstos no cumplen sus obligaciones de protección, o lo hacen de forma insuficiente, quedando el menor en situación de desamparo, como en el caso de los menores no acompañados¹⁰²¹? En tales supuestos, el Estado social, como protector subsidiario del menor, ofrece una respuesta automática, a saber, la tutela administrativa, que recaerá en la entidad autonómica de protección de menores. Al asumir la tutela del menor, la Administración se convierte en su representante legal, al menos en lo que atañe a sus derechos e intereses de carácter personal (no patrimonial)¹⁰²². No obstante, la tutela administrativa es una medida asistencial de carácter urgente, para reaccionar ágilmente frente a una situación de crisis, por lo que, como ya se aclaró, posee un manifiesto carácter provisional y subsidiario de otras medidas. Una vez asumida la tutela, los servicios de protección orientarán su actuación a buscar una solución duradera en interés del menor, que pasará por el restablecimiento de los vínculos familiares del menor, previa intervención en la familia de origen¹⁰²³, o bien, si esta intervención no es posible, o la reagrupación no es conveniente para el menor, por la búsqueda de nuevos vínculos de la misma naturaleza, que inicialmente adoptan la forma de acogimiento familiar, y eventualmente se convierten en adopciones. Emerge de nuevo el principio del mantenimiento del menor, siempre que sea posible, en un entorno familiar, sustentando el sistema de protección.

Sin embargo, las peculiaridades que presenta el perfil del menor no acompañado dificultan notablemente este itinerario de protección. En primer lugar, la intervención en sus familias se complica considerablemente, por encontrarse éstas

a la realización del ámbito de libertad constitucionalmente protegido”. En *Minoría de edad y derechos fundamentales, op.cit.*, p. 143.

¹⁰²¹ Como dice Ángeles DE PALMA DEL TESO, “el menor tendrá la condición de «no acompañado» siempre que no se encuentre al cuidado de un adulto que tenga atribuida su representación jurídica, ya sea con arreglo a la ley o los usos y costumbres del Derecho del Estado de que sea nacional. Así resultaría de la definición de «*menor no acompañado*» que nos brinda la normativa comunitaria citada”. La autora demuestra que muchas normas europeas, especialmente en materia de asilo, reflejan este entendimiento del concepto de menor no acompañado y enfatizan, en consecuencia, la necesidad de asignarle, en primer lugar, una representación legal independiente. En: “La condición legal de “menor no acompañado”...*op.cit.*, p. 112.

¹⁰²² *Idem*, p. 341.

¹⁰²³ Artículo 172. 4 CC: “Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona”.

fuera de la jurisdicción del Estado. A ello se suma la dificultad añadida que, para la reunificación familiar, supone un procedimiento de repatriación. Sin perjuicio de ello, y como se ha defendido más arriba, es necesario avanzar en el establecimiento de mecanismos que faciliten la participación de la familia de origen en las decisiones que se adopten con respecto al menor, que la integren en su proyecto de vida.

En segundo término, los menores extranjeros solos suelen ingresar en el sistema de protección a una edad promedio más avanzada que en el caso de los menores nacionales, de manera que muchos de aquéllos están ya próximos a la mayoría de edad. Ello constituye, junto con las dificultades de integración social del colectivo, derivadas de la diferencia de idioma y costumbres, un desincentivo importante para el acogimiento familiar y, en mayor medida, la adopción. Asimismo, puede haber influido, el rechazo de algunos menores frente a la idea de ser adoptados, dado que la adopción es una figura que ni existe, ni podría existir, en ciertos países islámicos de procedencia de los menores (en especial, Marruecos)¹⁰²⁴. Ello no quiere decir que no se produzcan acogimientos familiares o adopciones de menores no acompañados, pues los hay¹⁰²⁵, sobre todo en el caso de los primeros, pero en menor cantidad que con respecto a menores españoles. Estimamos que es una vía que habría que potenciar, especialmente -pero no sólo- cuando exista la posibilidad de que el menor sea acogido por familia extensa, amigos, o personas a quienes le unan lazos sociales o culturales.

Otra solución duradera de protección sería constituir, mediante resolución judicial, una tutela ordinaria a favor de un particular interesado, o bien una asociación o entidad especializada, siempre que ello se considerara beneficioso para el menor¹⁰²⁶. Lo deseable sería, otra vez, que el tutor fuera amigo, o miembro de la

¹⁰²⁴ La *Sharia* contempla la *kafala*, como institución que en la jurisprudencia española se ha asimilado al acogimiento familiar. Pero el Islam no concibe la sustitución jurídica de los lazos de sangre.

¹⁰²⁵ Por ejemplo, en julio 2011, la Junta de Andalucía comenzó la tramitación para la adopción de decenas de menores rumanos no acompañados, de corta edad, que permanecían bajo su tutela. A pesar de que el convenio bilateral con Rumania en este tema prohíbe las adopciones internacionales de niños de esta nacionalidad, en este caso las adopciones se tramitaron a instancia de la Fiscalía, que consideró insostenible la inestabilidad a la que estaban sometidos estos niños por no poder ser adoptados. http://elpais.com/diario/2011/07/10/andalucia/1310250128_850215.html

¹⁰²⁶ Artículo 239, párr 2º CC: “Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

familia extensa del menor, y que la constitución de la tutela estuviera precedida por un periodo considerable de acogimiento familiar exitoso.

La posibilidad de que una entidad privada asuma la tutela ordinaria del menor, que nuestro ordenamiento sólo reconoce respecto a los menores no acompañados (artículo 35.11 LE), no a los menores nacionales, ha despertado recelos, tanto en los fiscales¹⁰²⁷, como en las organizaciones sociales, y los profesionales del área¹⁰²⁸, fundados en la potencial discriminación que esta diferencia de trato puede conllevar con respecto a los menores nacionales¹⁰²⁹, así como, y sobre todo, en el déficit en la protección del menor que puede entrañar, derivado, entre otras, de razones de recursos y logística, así como de las motivaciones lucrativas o de otro tipo que puedan albergar dichas entidades¹⁰³⁰.

A pesar de las críticas y recelos que la tutela ordinaria por entidades privadas despierta, esta es una opción común en países de nuestro entorno, como constata el estudio comparativo en materia de tratamiento jurídico de menores no acompañados realizado por David SENOVILLA, que incluye a seis Estados europeos (Alemania, Bélgica, Francia, España, Italia y Reino Unido). En efecto, dentro de la diversidad normativa que dichos Estados presentan, pueden extraerse ciertas notas predominantes. Excluyendo del análisis a Reino Unido, cuya legislación no prevé un sistema de tutelas, por lo que los menores no acompañados (solicitantes de asilo, en ese caso) carecen de representación legal; se observa, en primer lugar, una preferencia general, aunque no unánime, por el nombramiento

¹⁰²⁷ Los Fiscales han encomendado a las Secciones de Menores de las Fiscalías la realización de una “especial supervisión” respecto de las tutelas ordinarias ejercidas por estas entidades privadas. *Conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialistas en menores y extranjería*. Madrid, 20 de abril de 2010. Conclusión 3.

¹⁰²⁸ Pilar Sánchez, abogada especialista en menores no acompañados de la Fundación APOYO, estima que la regulación no es suficientemente garantista. Sería necesario, según ella, analizar bien, tanto a las entidades, como su motivación. Algunas de aquéllas persiguen fines lucrativos, por lo que la tutela se convertiría en un negocio. Si las motivaciones son religiosas, por ejemplo, cabría cuestionarse la competencia de una entidad religiosa para tutelar a estos menores. Si son otras entidades privadas, sin ánimo de lucro, hay que atender también a los medios de financiación, porque no es barato. En la Comunidad de Madrid, por el momento, no se ha dado esta práctica.

¹⁰²⁹ En esta línea: CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE EDUCADORAS Y EDUCADORES SOCIALES: Comunicado de junio de 2011, disponible en: <http://www.tercerainformacion.es/spip.php?article27572>.

¹⁰³⁰ En este sentido, un grupo de organizaciones especializadas en protección de menores ha firmado un manifiesto en contra de la posibilidad prevista en el 35.11 LE, enfatizando el riesgo de terminar de convertir la protección de menores en un negocio, dada “la posibilidad [abierta] de entregar la tutela de los menores migrantes a empresas”. Manifiesto disponible en: <http://menoressolos.blogspot.com.es/2011/01/manifiesto-contra-la-tutela-de-menores.html>

judicial de los tutores (Alemania, Francia, Italia), y, como se adelantaba, una predilección por particulares o, en su defecto, asociaciones privadas especializadas, para el desempeño de dicho cargo, recayendo la tutela subsidiariamente, si lo anterior no fuera posible, en el servicio de protección de menores (Alemania, Bélgica, Francia)¹⁰³¹. Por último, a excepción de Italia, las medidas aplicadas en este sentido a los menores no acompañados, ni son específicas, ni son establecidas por órganos específicos para dicho colectivo, sino que se dirigen igualmente a los menores nacionales¹⁰³².

Atribuir la tutela a un particular o a una asociación, brindaría al menor una representación legal independiente de la Administración, lo que se evitaría los conflictos de intereses que pueden producirse entre ambos cuando ésta ostenta la tutela. Y es que, por más que la Administración, a pesar de atender a otros intereses generales, deba actuar siempre en interés del menor, y aplicarlo con prevalencia, y que instituciones como el Ministerio Fiscal, o el Defensor del Pueblo, controlen su actuación; las situaciones de fricción con la Administración, derivadas de la condición de inmigrantes de los menores no acompañados, se multiplican con respecto a los menores españoles, como puede apreciarse en los procedimientos de determinación de la edad o de repatriación, así como en lo concerniente a su documentación. El menor se enfrenta a estas tensiones con la Administración desde una situación de vulnerabilidad agravada, consecuencia de la intersección de la triple

¹⁰³¹ SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, *op.cit.* El autor explica que en Alemania, una vez que el Tribunal de Familia decreta la suspensión completa de la patria potestad, será el Tribunal de Tutela el que nombre al tutor, priorizando la elección de personas físicas voluntarias, si no es posible, asociaciones especializadas (que es la opción más frecuente), y subsidiariamente, los servicios de protección de la infancia (pp. 62 y ss.). Por otro lado, en Bélgica, el nombramiento de tutor es automático, por parte de una entidad administrativa, el Servicio de Tutelas, dependiente del Ministerio de Justicia, y en base a una lista que contiene personas físicas y jurídico-privadas interesadas en tutelar. El tutor, que será supervisado por el Servicio de Tutelas y el Juez de Paz que corresponda, demanda automáticamente un abogado de oficio (pp. 94 y ss.). En Francia se distinguen dos eslabones de protección: uno, de carácter asistencial-educativo, que no implica suspensión ni nulidad de patria potestad, y el segundo, que sí lo conlleva, consistente en el nombramiento de un tutor por el Juez de Tutelas. Si no hay familia extensa o terceros interesados, la tutela será asumida por el servicio de protección de menores (pp. 188 y ss.). Y por último, el confuso sistema italiano, en el que predomina la práctica del acogimiento familiar, y paralelamente, existe la posibilidad de que un Juez de Tutelas del tribunal ordinario que corresponda nombre un tutor para el menor, que normalmente serán los servicios sociales municipales que correspondan (pp. 224 y ss.).

¹⁰³²En Italia, por el contrario, existe el *Comitato per i Minori Stranieri* que, entre otras cosas, propone al Juez de tutelas el nombramiento del tutor (aunque la legislación italiana no es clara en este punto) y decide respecto a la repatriación del menor o su permanencia en Italia. *Idem*, pp. 224 y ss.

condición de menor de edad, inmigrante y carente de referentes familiares en el territorio. El Estado social de Derecho, protector de la infancia y de la adolescencia, debe garantizar a estos menores que exista un representante independiente de la Administración, que garantice su protección y el ejercicio de sus derechos, incluso frente a ésta. De ahí que ésta sea una reivindicación cada vez más frecuente, sobre todo en el ámbito supraestatal¹⁰³³.

En conclusión, estimamos que puede ser conveniente promover la vía de la tutela ordinaria de menores no acompañados por parte de particulares o familias, sobre todo cuando se trata de familia extensa, amigos o personas del círculo socio-cultural del menor y, subsidiariamente, por parte de entidades privadas. Asimismo, debería establecerse que antes de que se asuma la tutela, se encomendara la guarda del menor, mediante acogimiento familiar, en el caso de particulares o familias, o residencial, en el caso de entidades, como ensayo temporal que permita verificar la idoneidad de la medida. La clave del éxito del sistema será la selección y supervisión de los tutores. Es imprescindible fijar requisitos estrictos de selección para particulares y entidades candidatos a tutores, así como intensos controles por parte de la entidad de protección, tanto durante la guarda como durante la tutela. Asimismo, deberían importarse algunas prácticas de los servicios de protección belgas, como la de impartir formación especializada en la materia a los tutores, o la elaboración de una lista de candidatos a tutores que hayan superado los requisitos exigidos, de la que se vaya eligiendo el más adecuado para cada menor, siempre que no exista familia extensa o amigos que, superando los requisitos, estén interesados en acoger, pues en dicho caso éstos gozarían de prioridad. Debería aspirarse a que el tutor y, por ende, representante del menor, sea la persona más cercana a éste. Por

¹⁰³³ El COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, en su *Observación General n° 6*, recomienda a los Estados que designen un tutor o asesor a quien se deberá consultar e informar de toda medida que la Administración adopte en relación con el menor. Dicha función, aclara el Comité, no podrá ser nunca desempeñada por la Administración que ejerza la tutela, ya que sus intereses pueden colisionar con los del menor. Por otro lado, ACNUR y SAVE THE CHILDREN, en su *Programa de menores no acompañados en Europa, Declaración de Buenas Prácticas*, 3ª edición, 2004, sostienen que “[e]n cuanto un menor no acompañado haya sido identificado como tal, se le deberá asignar, con una perspectiva a largo plazo, un tutor o asesor independiente para que asesore y proteja al menor no acompañado. Independientemente del estatus legal de esa persona (por ejemplo, tutor legal, trabajador de una ONG) [...]” (p. 16). En la misma línea: HUMAN RIGHTS WATCH: *Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías*, octubre de 2008, pp. 14-16.

último, en caso de no ser posible establecer un acogimiento, adopción o tutela ordinaria, la tutela permanecerá, subsidiariamente, en manos de la Administración.

Este es, sin duda, un sistema controvertido, de connotaciones inquietantes, al menos en el contexto español. A simple vista, se erigen dos claras amenazas. La primera, que el menor pueda llegar a caer en manos de personas que alberguen respecto a él intereses distintos a su estricta protección y cuidado (explotadores, mafias, etc.). La segunda, que determinadas entidades privadas con ánimo de lucro perciban la tutela como un negocio, con todo lo que ello conlleva. Por ello, la conveniencia y eficacia del sistema dependerá casi totalmente del acierto en la selección de los candidatos a tutor (lo que a su vez dependerá de los requisitos establecidos), y de la eficaz fiscalización de la guarda y la tutela. No obstante, es un problema que no tiene fácil solución, de hecho, constituye uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta el sistema de protección de menores actual. Desafío que, como se ha dicho, no sólo afecta a los menores extranjeros, sino también a los menores españoles de edad avanzada que no cuenten con referentes familiares, ni de origen o biológicos, ni de acogimiento o adopción. Empero, las situaciones de tensión o conflicto de intereses de éstos con la Administración son significativamente menos probables. Quizá por ello nuestro ordenamiento acota la posibilidad de tutela por entidades privadas a los menores no acompañados.

Ahora bien, el sistema de tutelas, así planteado, requiere de elementos complementarios que garanticen la protección del menor ante los problemas y defectos que aquél puede presentar.

En primer lugar, en el supuesto de la tutela administrativa, ¿qué ocurre si la Administración no brinda protección al menor, o lo hace de forma ineficiente, o ignorando el interés superior de menor? ¿quién controla el ejercicio de la tutela administrativa? nuestro Ordenamiento ha escogido al Ministerio Fiscal para el desempeño de esta función, convirtiéndole así en clave de bóveda del sistema de protección de menores, en garante *ex lege* del interés del menor¹⁰³⁴. Así, el Código

¹⁰³⁴ STC 185/2012, FJ 4.

Civil le encomienda expresamente la función inspectora de la tutela, acogimiento y guarda de menores, cuando aquélla recae en la entidad pública¹⁰³⁵.

Las funciones y responsabilidades del Ministerio Fiscal en materia de menores han ido *in crescendo* desde la adopción de la Norma Fundamental y su Estatuto Orgánico¹⁰³⁶, de manera que finalmente ha adquirido un papel fundamental en la protección de derechos del menor, tanto en el ámbito civil¹⁰³⁷, como penal¹⁰³⁸, así como en la supervisión de la actuación administrativa de protección de menores, como se acaba de mencionar (174 CC). La Ley del Menor contribuyó a reforzar su competencia en este último ámbito, ampliándola a una genérica promoción de acciones de protección de los derechos del menor, cuando éstos se vean amenazados¹⁰³⁹. Por último, como ya se ha expuesto, en relación al caso específico

¹⁰³⁵ Artículo 174 CC: “1. Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección. 2. A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. 3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe”. Artículo 232 CC: “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”.

¹⁰³⁶ Artículo 3 EOMF: “Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: [...] 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.

¹⁰³⁷ Véanse, por ejemplo, los artículos 92, 137, 148, 158 y 179 CC.

¹⁰³⁸ Artículo 3 EOMF: “Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: [...] 5. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas [...] 13. Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor”.

¹⁰³⁹ Artículo 10.2 de la Ley del Menor: “Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: a) Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente. b) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas. c) Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. A tal fin, uno de los Adjuntos de dicha institución se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores”. La intensificación de la actuación del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores ha supuesto una progresiva reestructuración interna de la institución. Así, la Fiscalía contempla la ampliación de sus funciones primero en la Instrucción 2/2000 que ya consideraba posible tal asunción, y después con la Instrucción 3/2008, de 30 de julio, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, que abogó definitivamente por la asunción de un esquema funcional en el que estas Secciones abarcaran tanto los aspectos de reforma como los

de los menores no acompañados, la legislación de extranjería ha asignado al Ministerio Fiscal un papel protagónico en el procedimiento de determinación de la edad, y de continua supervisión en lo referente a la repatriación y la documentación.

La supervisión de la actuación protectora de la Administración proveniente del Ministerio Fiscal, como explica DE PALMA DEL TESO, no sólo se realiza en la arena jurisdiccional, con la impugnación de las resoluciones administrativas en la materia, sino también, en virtud de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la extraprocesal, por la legitimación con la que cuenta la institución para oponerse a dichas resoluciones¹⁰⁴⁰. Asimismo, la fiscalización abarca tanto aspectos formales (el respeto al derecho del menor a ser escuchado, por ejemplo), como materiales (que la actuación administrativa se ajuste a la legalidad y a los principios que rigen la materia, en especial, el interés superior del menor)¹⁰⁴¹. De ello se desprenden varias consecuencias, como la necesidad de notificar al Ministerio Fiscal toda resolución o circunstancia relevante para cualquier menor sobre el que recaiga cualquier actuación de protección pública, la obligación del Fiscal de comprobar de forma permanente la situación de los menores tutelados o bajo la guarda de la Administración (visitando centros, etc.), y la necesidad de una estrecha colaboración entre ambos (Administración y Ministerio Fiscal)¹⁰⁴².

Si bien nuestro ordenamiento ha sido cada vez más explícito con respecto a las funciones del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, la obligación de proteger el interés del menor de forma prevalente estaba ya implícita en la *ratio essendi* de la institución, en su misión de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público

de protección. Por último, en la Instrucción 1/2009, *sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores*, establece los principios organizativos sobre los cuales construir el servicio de protección dentro de las Secciones de Menores. En este sentido, no deja de ser inconsistente, el hecho de que la determinación de la edad del menor no acompañado recaiga sobre la Sección de Extranjería del Ministerio Fiscal, y no sobre las de menores, como ya se mencionó *supra*.

¹⁰⁴⁰ Artículo 748 de la LEC: “Las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos: [...] 6. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”. Respecto al doble ámbito de actuación, procesal y extraprocesal: DE PALMA DEL TESO, A: *Administraciones públicas y protección de la infancia...op.cit.*, pp. 418 y ss.; PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, COLEX, Madrid, 1997, p. 46.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*.

¹⁰⁴² *Ibidem*.

tutelado por la ley”¹⁰⁴³. Y es que, como explica Miguel SÁNCHEZ MORÓN, el genérico cumplimiento del interés público pasa por el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales que lo concretan¹⁰⁴⁴, en virtud de los cuales, el interés del menor es prevalente sobre otros intereses. El Tribunal Constitucional ha sido contundente, en este sentido, en el marco de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación, en los que le encomienda una defensa exclusiva del interés superior del menor¹⁰⁴⁵. Parece dar a entender que, si bien el juez deberá ponderar dicho interés, teniendo en cuenta su prevalencia, con los otros intereses concurrentes, el Ministerio Fiscal, como garante *ex lege* del interés supremo del menor, habrá de defender, en juicio, éste interés de forma exclusiva, al menos en lo que a procesos de filiación se refiere. Por la asimilación que el mismo Tribunal ha realizado entre dichos procesos, y aquéllos en que involucran a menores en situación de desvalimiento, en lo que atañe al efecto del interés superior del menor¹⁰⁴⁶, podría inferirse que en los procesos relativos a los menores extranjeros no acompañados - que obviamente están en tal situación de desvalimiento -, el Ministerio Fiscal habría de velar, única y exclusivamente, y no sólo prevalentemente, por el interés superior del menor. Ello impediría, en teoría, la existencia de conflictos entre los intereses del menor, y otros que el Ministerio Fiscal también esté legalmente obligado a promover.

El cumplimiento eficaz de las funciones del Ministerio Fiscal derivadas de su papel de garante *ex lege* del interés superior del menor, implicaría una supervisión

¹⁰⁴³ Artículo 1 EOMF.

¹⁰⁴⁴ *Derecho Administrativo. Parte general*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 75.

¹⁰⁴⁵ En la reiteradamente citada STC 185/2012, el Tribunal declara inconstitucional (por atentar contra la exclusividad de la función jurisdiccional prevista en el artículo 117 CE), el hecho de que el informe favorable del Ministerio Fiscal del artículo 92.8 CC, sea preceptivo para acordar judicialmente la custodia conjunta del menor, cuando no existe acuerdo entre las partes y es sólo una de ellas la que lo solicita. El Tribunal afirma que “[c]uando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* [...] Del tenor de estas normas[se refiere al EOMF, CC y LEC] se desprende la especial vinculación del Ministerio Fiscal con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en ellos se sustancian y la necesidad de su intervención cuando se estén ventilando cuestiones fundamentales para su desarrollo integral, pues si su actuación debe estar dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público, también debe garantizar la protección integral de los hijos, que consagran estos textos legales. Su actuación está en estos procesos orientada por los principios de imparcialidad, defensa de la legalidad e interés público o social, lo que se manifiesta en la posición que ocupa, en defensa siempre y exclusivamente del interés de los menores. [...] siendo uno de los intervinientes en el proceso, los intereses que defiende son totalmente objetivos y sólo van encaminados a proteger al menor” (F.J.4).

¹⁰⁴⁶ STC 71/2004, de 19 de abril, FJ2.

continuada, minuciosa e individualizada de la actuación pública en materia de menores. Dado el elevado número de menores en situación de riesgo, desamparo, o puntualmente requeridos de protección (en sentido amplio), dicha supervisión requeriría una importante infraestructura material y humana. En este sentido, la institución se enfrenta a sus propias limitaciones¹⁰⁴⁷. Sus recursos humanos y materiales son insuficientes para afrontar el seguimiento continuo e individualizado de los casos de protección. Prueba de ello, son las dificultades de accesibilidad a la Fiscalía a las que los propios menores se enfrentan, a pesar de estar legalmente facultados a acudir a la institución¹⁰⁴⁸. Todo ello contribuye a que la Fiscalía no sea una institución que los menores perciban como cercana¹⁰⁴⁹.

Además del Ministerio Fiscal, otra institución llamada por la ley a supervisar la actuación administrativa de protección al menor, a la que éste puede acudir en todo momento, es el Defensor del Pueblo¹⁰⁵⁰. Como ha podido observarse a lo largo de este trabajo, los problemas que plantea aquella actuación, en relación con los menores no acompañados, han sido objeto de preocupación y estudio por parte de la institución, que desde hace años dedica una parte de su informe anual a la materia, además de haberla tratado en diversos informes específicos¹⁰⁵¹. Asimismo,

¹⁰⁴⁷ Consuelo Madrigal, Fiscal de Sala Coordinadora de Menores. En DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos...op.cit.*, p. 106.

¹⁰⁴⁸ Artículo 10. 2 de la Ley del Menor: “Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: [...] b. Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas”. Denunciando las dificultades existentes para trasladar quejas e información, y recibir respuestas del Ministerio Fiscal frente a situaciones de menores en riesgo, y expresando la necesidad de un incremento de recursos para afrontar la ampliación de funciones: SOS ARRAZAKERÍA-SOS RACISMO GUIPUZKOA: *Menores en riesgo: prácticas excepcionales de las Administraciones*, febrero de 2010. Respecto a la accesibilidad, la Instrucción 1/2009 subraya que, en base a lo establecido en el artículo 10.2 b) de la Ley del Menor, se exige “la necesaria puesta en marcha por parte de la Sección de Menores de un servicio o turno de atención al ciudadano, a prestar por uno de los Fiscales integrado en la Sección”.

¹⁰⁴⁹ Pilar Sánchez, abogada especialista en menores no acompañados de la Fundación APOYO, en entrevista realizada en Madrid, a 1 de octubre de 2012.

¹⁰⁵⁰ Artículo 10. 2 de la Ley del Menor: “Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: [...]: c. Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. A tal fin, uno de los Adjuntos de dicha institución se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores”. Por su parte, la Carta Europea de los Derechos del Niño ya pedía a los Estados miembros que se eligiera un Defensor de los derechos del niño, al que se encomendara la salvaguarda de los derechos e intereses del menor, y la orientación de la actuación de los poderes públicos a este respecto.

¹⁰⁵¹ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, op.cit.; ¿Menores o adultos? Procedimientos...op.cit.*

las instituciones autonómicas equivalentes, supervisan la actuación en la materia de las respectivas Comunidades Autónomas¹⁰⁵².

Por último, ¿qué ocurre si existe conflicto de intereses entre el menor no acompañado y su representante? Como ya se ha sostenido, no es difícil que esto ocurra siendo la Administración la tutora del menor; ahora bien, también puede darse cuando el tutor es un particular o una entidad privada. Para cualquiera de estos supuestos, el ordenamiento prevé la figura del defensor judicial, que asume la representación del menor en el caso concreto¹⁰⁵³.

Sin perjuicio de este reconocimiento general de la institución, su concreta regulación en el ámbito de los procedimientos administrativos y judiciales vinculados a la condición de inmigrante del menor no acompañado, no estimamos que sea lo suficientemente garantista. En efecto, el nombramiento de defensor judicial sólo se reconoce expresamente a los menores no acompañados en el ámbito de la repatriación - en concreto, a partir de la fase de alegaciones del procedimiento administrativo-, y ni siquiera corresponde a todo menor, sino sólo a quienes, presentando suficiente juicio (lo que se presume a partir de los 12 años), y no habiendo alcanzado la edad de 16 años, manifiesten una voluntad contraria a la expresada por la Administración¹⁰⁵⁴. Dado que los mayores de 16 años pueden

¹⁰⁵² Las figuras autonómicas equivalentes al Defensor del Pueblo son: el Valedor do Pobo (Galicia), el Ararteko (País Vasco), el Síndic de Greuges (Cataluña, Comunidad Valenciana y Baleares, aunque éste último todavía no ha sido nombrado), el Justicia de Aragón (Aragón), el Diputado del Común (Canarias), el Procurador de lo Común (Castilla y León), la Procuradora General (Principado de Asturias) y el Defensor del Pueblo (Andalucía, Navarra y La Rioja). El Defensor del Pueblo de Castilla La Mancha fue suprimido en marzo de 2012, al igual que el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid (suprimido en junio de 2012), ambas como consecuencia de los recortes presupuestarios derivados de la crisis económica. Fermín BARCELÓ, coordinador del área del menor del Ararteko, explica el ámbito posible de intervención de esta institución en materia de protección del menor, aludiendo también a los menores no acompañados, en “Para que los hechos no se burlen de los derechos”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención de Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 457- 462.

¹⁰⁵³ Artículo 299 CC: “Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: 1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador [...]”; artículo 300 CC: “El Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo”.

¹⁰⁵⁴ Como ya se ha explicado más arriba, la Ley de Extranjería contempla dicha posibilidad desde la entrada en vigor de su modificación efectuada en 2009, que en parte reflejaba lo establecido en las SSTC 183 y 184/2008, de 22 de diciembre. En virtud de dicha reforma se reconoce expresamente la capacidad de los mayores de dieciséis años de actuar, tanto en el procedimiento administrativo,

intervenir directamente, o mediante el representante que designen, en dicho procedimiento, quedaría una zona gris, desprovista de protección, en el marco del procedimiento administrativo de repatriación: la de los menores de edad que no hayan alcanzado los dieciséis años y que no presenten suficiente juicio, cuando sus intereses entren en conflicto con los de la Administración. El hecho de no presentar suficiente juicio no impide que existan conflictos de intereses.

Por último, la garantía del defensor judicial no se contempla para el resto de procedimientos administrativos o judiciales vinculados a la condición de inmigrante del menor no acompañado, como los relativos a la documentación, o a la determinación de la edad, en los que, como se ha constatado, es fácil que existan conflictos de intereses con la Administración. Sin embargo, estimamos que el reconocimiento general de la institución, contemplado en el Código Civil, podría amparar el nombramiento de defensores judiciales en dichos procedimientos, a pesar de que la posibilidad no esté específicamente contemplada.

Por otra parte, ¿la garantía del defensor judicial puede reemplazar a un hipotético derecho a la asistencia jurídica gratuita? Si bien los conceptos de “abogado” y “defensor judicial” no son coincidentes (de hecho, este último no tiene por qué ser un abogado), en la práctica se superponen en cierta medida, pues el nombramiento de defensor judicial en este ámbito ha recaído normalmente sobre un abogado, bien el que estuviera asesorando al menor desde el comienzo del procedimiento (generalmente perteneciente a alguna organización de apoyo al colectivo), o bien, en su defecto, uno del turno de oficio. Por ello, el nombramiento del defensor judicial constituye una vía para facilitar asistencia jurídica gratuita, pero incompleta: no se reconoce a los mayores de 16 años, ni a quien no presente suficiente juicio (que a pesar de ello se puede ver inmerso en un conflicto de intereses).

Las limitaciones de esta garantía, y el hecho de que sólo proceda cuando haya conflicto de intereses, conducen a sostener la necesidad de proporcionar asistencia

como en el judicial, relativo a su repatriación, bien directamente o bien por medio de un representante que designe. Asimismo, se regula expresamente el derecho a un defensor judicial del menor de dieciséis años que, demostrando un grado de madurez suficiente, muestre su oposición al criterio de su tutor o representante con respecto a su repatriación (artículo 35.6 LE, desarrollado por el artículo 193.1 RE).

jurídica gratuita a todo menor no acompañado en los procedimientos administrativos o judiciales anudados a su condición de inmigrante. A lo largo de este trabajo se ha venido preconizando el reconocimiento de este derecho. Se han aducido razones de peso, como la alta probabilidad de que se generen situaciones de fricción entre la Administración y estos menores, derivadas de su condición de inmigrantes, o la situación de vulnerabilidad sectorial que los mismos padecen para el ejercicio de sus derechos procesales, incluido su derecho a ser oído, dado su desconocimiento del idioma, de la cultura y, por ende, su mayor dificultad para comprender el ordenamiento jurídico y de los concretos derechos que le asisten. Por si ello fuera poco, la falta de claridad y certeza, tanto en las normas, como en su aplicación, que caracteriza a esta materia, dificulta aún más la comprensión general de la misma. El Estado social debe compensar esta situación de vulnerabilidad sectorial del menor no acompañado respecto a los derechos procesales, y en especial, el derecho a ser escuchado, reconociéndole asesoría jurídica gratuita desde el momento de su localización, a la que pudiera recurrir en todo procedimiento administrativo o judicial en que se viera involucrado, por su condición de inmigrante, frente a la Administración.

Esto explica la tesis, tantas veces defendida en este trabajo, de que la asistencia letrada gratuita al menor no acompañado es inherente al efectivo ejercicio de su derecho a ser escuchado¹⁰⁵⁵. De ello se desprende, entre otras cosas, la insuficiencia de la garantía del defensor judicial en el procedimiento administrativo de repatriación pues, para que se satisfaga el requisito necesario para su nombramiento, a saber, que el menor exprese su voluntad informada (y ésta sea contraria a la de la Administración), es necesaria la asistencia letrada.

¹⁰⁵⁵ “[L]a asistencia jurídica del letrado hacia el menor extranjero no acompañado es requisito ineludible y necesario para llevar a efecto el derecho del menor a ser oído, ni siquiera la intervención del Ministerio Fiscal puede dejar sin efecto esa asistencia jurídica”, en DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, *op.cit.*, pp. 329-330. Con respecto a la repatriación, la institución alude a la inmadurez física y psicológica del menor, que son circunstancias tomadas en cuenta por el ordenamiento jurídico para dispensarle una protección especial, que en este caso debe consistir en un asesoramiento profesional en un momento absolutamente crítico en la vida del menor, en el que debe expresar su opinión sobre la conveniencia o no de su propia repatriación. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General nº 6*, *op.cit.*, apartado h. GUTIERREZ ROMERO, F.M: “Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados...”*op.cit.*; LARA AGUADO, A.: “Artículo 35: Menores no acompañados”, *op.cit.*, p. 617.

La falta de reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita, como se ha sostenido reiteradamente, posee trascendencia constitucional cuando se produce en el marco jurisdiccional, o bien en el de un procedimiento administrativo sancionador, puesto que en esos casos la vulneración del derecho a ser escuchado implica, a su vez, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE en su vertiente de prohibición de indefensión, pues aquél derecho se integra en el contenido de éste.

Asimismo, como también se ha mencionado, la falta de reconocimiento de este derecho a los menores no acompañados, en el caso concreto del procedimiento administrativo de repatriación, implica una discriminación con respecto a los extranjeros adultos, que tienen reconocido este derecho en cualquier proceso que lleve aparejada la posibilidad de retorno a su país. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, la regulación específica para menores no puede comportar una disminución de garantías¹⁰⁵⁶.

La necesidad de asistencia jurídica gratuita desde el momento de la localización del menor es reivindicada, tanto por abogados y profesionales del campo¹⁰⁵⁷, como por otras instituciones y organizaciones, como el Defensor del Pueblo¹⁰⁵⁸. Algunos Colegios de Abogados han puesto en marcha iniciativas para satisfacer esta garantía, abriendo turnos de oficio especializados¹⁰⁵⁹, o financiando

¹⁰⁵⁶ STC 36/1991, F.J. 6.

¹⁰⁵⁷ CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA. Subcomisión de extranjería: *Informe sobre el borrador del Reglamento de la Ley de Extranjería*, *op.cit.*, p. 31: “En materia de menores no acompañados, se debe de garantizar en todo caso, la asistencia letrada independiente (así como la designación de un defensor judicial que bien puede ser también el abogado defensor, en evitación del problema de determinar quien sea su representante legal) desde el momento de su localización, a lo largo del proceso de determinación de la edad, del procedimiento de protección por desamparo, del procedimiento de repatriación y de documentación”. Ignacio de la Mata Gutiérrez, abogado experto en la defensa de menores no acompañados, defendió reiteradamente la necesidad de asistencia letrada independiente de estos menores, tanto en las pruebas de determinación de la edad, como en el procedimiento de repatriación (fases administrativa y jurisdiccional), como de cara a su documentación. Véase: http://www.revistaiuris.com/ver_pdf.asp?idArt=59219. Tanto Lourdes Reyzábal (Fundación RAICES), como Pilar Sánchez (Asociación APOYO), en sendas entrevistas realizadas, estiman imprescindible el reconocimiento de este derecho.

¹⁰⁵⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, *op.cit.*, p. 330: “la protección y tutela del derecho de los menores que la ley asigna con carácter general al Ministerio Fiscal, no es suficiente argumento como para excluir la intervención letrada”.

¹⁰⁵⁹ En 2007 se firmó en Cantabria un Convenio entre la Delegación de Gobierno y el Colegio de Abogados para proporcionar a los menores no acompañados asistencia jurídica gratuita. En el polo opuesto se encuentra Aragón, donde no hay presencia de letrado en ningún procedimiento de

asociaciones para que lleven a cabo dicho servicio¹⁰⁶⁰. Sin embargo, la andadura está lejos de concluir. Es necesario extender, sistematizar, profesionalizar y especializar la defensa jurídica del colectivo. Ello implicará la coordinación de los distintos Colegios de Abogados, que deberán someterse a protocolos de actuación; impartición de formación específica y apoyo de las Administraciones Públicas a los Colegios. Empero, para que esto se garantice, es imprescindible que, de una vez por todas, se reconozca legalmente el derecho.

Junto al derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales relacionados específicamente con la condición de inmigrantes de los menores no acompañados (dada su vulnerabilidad y la alta posibilidad de que surjan conflictos de intereses con la Administración), el derecho a ser oído incluye también, según la jurisprudencia constitucional (STC 183/2008), que el menor (cualquier menor, no sólo los inmigrantes) pueda comparecer en juicio por sí mismo, o por medio de su representante. Ello, por recaer en la arena jurisdiccional, se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia.

repatriación, amparándose en la falta de exigencia legal expresa de tal requisito. En LÓPEZ AZCONA, A.: “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados...*op.cit.*, p. 116.

¹⁰⁶⁰ Por ejemplo, el Colegio de Abogados de Madrid con la Fundación RAICES, como se mencionó más arriba.

V. CONCLUSIONES.

1. La construcción del **estatuto constitucional del menor extranjero no acompañado** es uno de los retos del Derecho Constitucional de nuestros días. No sólo porque constituye el bagaje teórico indispensable para abordar los problemas jurídicos que aquejan al colectivo, sino porque su consecución pasa por saldar una doble deuda pendiente de la disciplina: la definición de sendos estatutos, del extranjero y del menor.

El estatuto del menor no acompañado ha de construirse sobre la base de la equiparación constitucional. Ésta es la interpretación más adecuada, desde el prisma de la Norma Fundamental, de los preceptos que sostienen los estatutos del menor y del extranjero, por ser la resultante de extender los valores y principios constitucionales a dichos estatutos.

El proceso de normalización constitucional de los extranjeros, menores y adultos, ha de concluirse con independencia de las contingencias socio-económicas del momento, pues la inmigración, por más que haya disminuido en los últimos años de depresión económica, ha demostrado ser uno de los rasgos inmanentes a la globalización, ínsito en su naturaleza. La realidad de las cosas se ha impuesto de forma contundente, sin referendos ni legisladores de por medio, transformando la naturaleza de uno de los elementos constitutivos del Estado, la Nación, que vuelve a ser “pueblo”. Pueblo que, como sostiene HABERMAS¹⁰⁶¹, no necesariamente está unido por lazos de homogeneidad religiosa, cultural, o histórica, sino por el lazo de la aceptación pacífica de la diversidad y su sometimiento a unas reglas de convivencia. La estructura constitucional ha de adaptarse a esta transformación medular del Estado, y lejos de remedios cortoplacistas y atragantados, se requieren soluciones estructurales, como es la normalización constitucional. Una solución que, a su vez, evita que la adaptación a la nueva realidad suponga un sacrificio del estándar de protección de dignidad alcanzado en el mundo occidental, extendiendo la libertad e igualdad que fluye por las venas de la Constitución, a sujetos hasta ahora parcialmente excluidos de la misma, manteniendo así aquella conquista histórica como señal de identidad de nuestras sociedades.

¹⁰⁶¹ HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, op.cit., pp. 619-643.

2. La **homologación constitucional del estatuto del extranjero** se enfrenta al límite impuesto por la existencia, constitucionalmente registrada, de dos centros de imputación de derechos fundamentales, “ciudadano” y “persona”. Partiendo de este límite, la equiparación exige expresar los espacios de igualdad no vedados por la Norma Fundamental, reduciendo al máximo los derechos atribuidos al ciudadano, y reservando el resto a la persona. En consecuencia, los primeros serían exclusivamente los recogidos en el artículo 23 CE, por ser los únicos cuya titularidad está constitucionalmente impedida a los extranjeros. *Sensu contrario*, el resto de derechos pertenecerían a la persona como tal. El resultado sería el sometimiento a los cánones de proporcionalidad e igualdad, de los condicionamientos que se realicen sobre este segundo grupo de derechos, incluyendo aquéllos que respondan a razones de extranjería o de estatus migratorio.

Desde una perspectiva formal, las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros han de plasmarse en la ley (en virtud de la exigencia del artículo 53.1 CE), o bien, y esta posibilidad es específica para los extranjeros en virtud del 13.1 CE, en tratado internacional. Esta excepción a la genérica reserva de ley, sería, en virtud de la mutación constitucional que se propone, la principal aportación del artículo 13 CE, aquella que le salva de la superfluidad. Con ello, la interpretación de sus dos apartados, que se adapta plenamente a su literalidad, sería la siguiente: los extranjeros en España son titulares de los derechos del Título I (excepto de los del artículo 23 CE) y los ejercerán en los términos que establezcan la ley y los tratados, que siempre deberían respetar, en su desarrollo, los test de igualdad y proporcionalidad.

Implícitamente, la interpretación reconoce a los extranjeros la titularidad del derecho a la igualdad y no discriminación, excepto en relación a los derechos del artículo 23 CE. Algo que ha sido insinuado por el Tribunal Constitucional, pero nunca abiertamente reconocido, pues ello rompería la coherencia de su teoría tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros. No obstante, una interpretación internacionalmente conforme del artículo 14 CE, que incorporara la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre los artículos 14 del Convenio y 1 del Protocolo Adicional 12, así como sobre el artículo 26 PIDCP y su interpretación por el Comité de Derechos Humanos, que reconocen la igualdad jurídica de la persona como tal, sin excluir a los

extranjeros, legitimarían la vigencia de esta tesis. Tesis que no entraña, claro está, la proscripción de cualquier diferencia de trato fundada en la nacionalidad o el estatus migratorio, sino sólo de aquéllas desproporcionadas.

3. La **equiparación constitucional del menor** conlleva, primero, reconocerle titular de todos y cada uno de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que, para ejercer aquéllos de naturaleza política, deba haber alcanzado los 18 años de edad. En segundo término, comporta reconocer la progresividad de su capacidad de ejercicio iusfundamental, que irá ligada a su madurez.

La falta de capacidad de obrar suficiente, que en ocasiones podrá solventarse mediante la representación, integra la primera categoría de límites, los intrínsecos, a la que se enfrenta el ejercicio iusfundamental del menor. La segunda categoría (externos o extrínsecos), proviene de la ponderación de los derechos del menor frente a otros bienes constitucionalmente protegidos, y requiere que la medida restrictiva supere el canon de proporcionalidad. Sin embargo, por efecto del principio del interés superior del menor, el único bien constitucional cuya protección puede legitimar una restricción de sus derechos fundamentales, es el mandato de protección constitucional especial al menor, que en ocasiones juega en sentido contrario al ejercicio de sus derechos. Pero dicho mandato no puede, por tratarse de un límite externo, legitimar cualquier tipo de restricción al ejercicio iusfundamental, sino que la medida protectora que lo implemente deberá someterse al tamiz de la proporcionalidad.

4. El principio del **interés superior del menor** se infiltra en nuestro ordenamiento constitucional vía artículo 10.2 CE, en el momento de la interpretación iusfundamental, y vía artículo 39.4 CE, integrándose materialmente en el contenido del principio rector. Además, su reconocimiento en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, le dota de la primacía propia del Derecho Comunitario.

Por su incorporación material al principio rector del artículo 39.4 CE, el mejor interés del menor deviene parámetro de constitucionalidad, así como criterio informador de la legislación positiva, la práctica judicial, y la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 CE).

Para comprender el modo en que el interés del menor informa la actuación de los poderes públicos, se han de deslindar las dos dimensiones del mismo, concreta y abstracta.

La primera, vinculada a su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, es una cuestión de hecho, de mera legalidad, consistente en la identificación de lo más conveniente para el menor en el caso concreto. Será el correspondiente órgano administrativo o judicial, el que, mediante el oportuno juicio de valor, y con apoyo de equipos especializados y multidisciplinarios, adopte tal decisión.

La dimensión abstracta supone la consideración del interés superior del menor como principio jurídico, y de los efectos hermenéuticos de él dimanados. El principio está provisto de fuerza constitucional (artículos 39 y 10.2 CE), por lo que sus efectos interpretativos trascienden a este plano. Además, posee una naturaleza *sui generis*, por presentarse apriorísticamente como prevalente sobre otros principios o intereses.

El Tribunal Constitucional coadyuva al deslinde de ambas dimensiones. Por una parte, reitera su deber de abstenerse de revisar la dimensión concreta, por ser una cuestión de mera legalidad. Por otra, reivindica competencia para constatar si el principio ha sido debidamente considerado en la correspondiente ponderación de intereses, y si ello se refleja en la motivación de la resolución. El Tribunal considera la **prevalencia del interés del menor como fundamento necesario de la motivación** de aquellas resoluciones que recaigan sobre menores, integrando tal consideración prevalente en el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho (artículo 24.1 CE).

5. La prevalencia del principio del interés superior del menor se manifiesta en el marco del juicio de proporcionalidad que se aplica para la resolución de conflictos de derechos que afecten a menores. Consiste en convertir a la protección de los derechos del menor en la única **finalidad constitucionalmente legítima** de las medidas que se sometan a escrutinio. De manera que las medidas orientadas a la solución de un conflicto en el que derechos del menor se vean amenazados, serán ilegítimas si no persiguen la protección de éste. Entre las que sí lo hacen, serán legítimas las que además sean adecuadas, necesarias y proporcionadas (en sentido estricto) para alcanzarla. Por tanto, la traducción, en el plano exegético, de la “prevalencia sin

exclusión” del interés del menor, es la “ventaja” con la que parten sus derechos en la ponderación, ya que su protección se convierte, de manera automática, en la finalidad constitucionalmente ordenada (no sólo legítima) de la medida restrictiva de los derechos a los que se enfrenten. Pero esta inclinación inicial de la balanza de la ponderación a favor de los derechos del menor, no es absoluta. Es una ventaja inicial, no una victoria automática, ya que el interés del menor no es excluyente, sino prevalente. Esto implica que las medidas que, aún dirigidas a salvaguardar los derechos del menor, sean restrictivas de derechos, deberán ser proporcionadas.

Sensu contrario, el principio conjura que la salvaguarda de cualquier otro interés pueda fungir como finalidad constitucionalmente legítima, para restringir derechos del menor. Y no es posible precisamente porque el interés superior del menor debe ser el norte en la resolución de cualquier conflicto que afecte a los derechos del menor, especialmente los relativos a relaciones paterno-filiales, y los que atañen a menores en situación de desvalimiento. Hecho que se trasluce en el desenvolvimiento mismo de los procesos, pues todos los aspectos sustantivos (argumentación de las partes), y formales (requisitos procesales), estarán sometidos a una interpretación teleológica en aras a desentrañar dicho interés. Esta exigencia confiere a los procesos una especial flexibilidad.

Visto desde el prisma interpretativo del juicio de igualdad, las diferencias jurídicamente relevantes que presentan los menores con respecto a otros colectivos, o los menores entre sí, sólo podrán justificar un tratamiento jurídico diverso, cuando el mismo persiga brindar al menor la protección especial que le corresponde, siempre que supere el juicio de igualdad.

Otro efecto hermenéutico del principio del interés superior es la posibilidad de modular expansivamente el contenido de los derechos fundamentales del menor, lo que conlleva que hechos que puedan ser lesivos de tales derechos, no lo sean, sin embargo, respecto de los de un adulto. No obstante, esta posible dilatación hermenéutica del contenido de los derechos fundamentales, no legitima la creación de nuevos derechos. Es decir, el principio del mejor interés del menor se mueve en el margen de lo legalmente posible. Este límite, empero, se mitiga con la obligación del legislador de integrar el principio en la ley, que comportaría que aquello que fuera, en cada caso, lo más conveniente para el menor, recayera dentro de lo legalmente posible.

Por último, el interés superior del menor exige tener en cuenta su propia opinión.

6. En nuestro ordenamiento jurídico, el menor es titular de un **derecho a la protección pública**, configurado por el desarrollo legislativo del mandato a los poderes públicos del artículo 39 CE, así como por lo dispuesto al efecto en los tratados internacionales ratificados por España. En virtud de la normalización constitucional preconizada, el derecho corresponde a todo menor que se halle en territorio español, independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio. Así se desprende también de las exigencias internacionales al respecto, incluyendo el estándar europeo de protección que está fraguando el Tribunal de Estrasburgo, que implica la igualdad de los menores extranjeros en el disfrute de todo tipo de derechos, incluidos los sociales, y prestaciones públicas. El límite-siempre implícito cuando de derechos sociales se trata de “lo financieramente posible”, se topa a su vez con el contra-límite de la igualdad y no discriminación, que acota el margen de discrecionalidad del legislador para concretar el contenido del principio rector recogido en el artículo 39 CE.

Por consiguiente, cualquier diferencia de trato en el marco del sistema público de protección de menores debe pasar por el tamiz del juicio de igualdad. Y como se ha expuesto más arriba, sólo lo superará si el objetivo del trato diferenciador es brindar protección especial, y se hace de forma proporcionada.

La condición de menor no acompañado entraña diferencias jurídicamente significativas, susceptibles de legitimar medidas específicas de protección. En este sentido, la **vulnerabilidad** constituye un buen termómetro o indicador de la relevancia jurídica de las diferencias.

De acuerdo con lo propuesto en este trabajo, la vulnerabilidad con significación constitucional es aquélla que entraña una imposibilidad o dificultad agravada de ejercicio iusfundamental, generando vínculos de dependencia, y una mayor susceptibilidad frente a la discriminación o la lesión iusfundamental.

En el caso de los menores no acompañados, la interacción de varios factores de vulnerabilidad- minoría de edad, ausencia de familia, y condición de inmigrante-, genera un efecto exponencial y único de vulnerabilidad, que hemos denominado “vulnerabilidad agravada o múltiple”. La falta de capacidad de obrar iusfundamental plena, unida a la inestabilidad emocional de la adolescencia, la ausencia de respaldo

familiar, la pobreza, las diferencias lingüísticas y socio-culturales, y la precariedad residencial, dificultan notablemente el ejercicio de derechos básicos para la integración, como la educación o el acceso al mercado laboral, máxime en un contexto de crisis económica. Ello puede empujar a estos menores a recurrir a prácticas ilegales para sobrevivir (tráfico de drogas, venta ambulante de artículos falsificados, etc.), lo que allana el camino hacia la marginalidad. Esta circunstancia, y la proyección social de la imagen del colectivo que lleva aparejada, retroalimenta la vulnerabilidad, dado el potente efecto inhibitor que el ostracismo y la marginalidad ejercen sobre el ejercicio iusfundamental.

Además de servir de fundamento de las medidas específicas de protección, la vulnerabilidad orienta el sentido de las mismas. Por ejemplo, ante la vulnerabilidad sectorial vinculada al derecho al trabajo (o prácticas profesionales) de los menores no acompañados y jóvenes ex-tutelados, la Administración debe expedir autorizaciones de residencia y trabajo. O ante su vulnerabilidad respecto a los derechos procesales o de defensa en los procedimientos administrativos y judiciales vinculados a su condición de extranjero (determinación de la edad, documentación, repatriación), debe brindárseles asistencia letrada gratuita.

Asimismo, la vulnerabilidad del colectivo le hace merecedor de un mandato de tutela judicial reforzada, que el Tribunal Europeo cristaliza – para los vulnerables, en general - en la exigencia de un control de constitucionalidad más estricto de las restricciones de los derechos fundamentales de personas vulnerables, así como de las diferencias de trato que les afecten. También en una intensificación de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado cuando se proyectan sobre personas vulnerables, que en el plano jurisdiccional se traduce en la inversión de la carga de la prueba.

La vulnerabilidad agravada de los menores no acompañados podría justificar también una protección judicial reforzada desde una perspectiva formal o procedimental, siguiendo la estela de John H. ELY y otros autores. En virtud de la misma, el hecho de que el colectivo esté doblemente excluido de la participación política (por razón de la minoría de edad y de la extranjería), junto a la carencia de adultos responsables de velar por sus intereses, y su falta casi absoluta de interacción social, genera un peligro de invisibilidad en el procedimiento democrático; que justificaría un mayor grado de sospecha, por parte del juez constitucional, frente a

regulaciones que afecten desfavorablemente a sus intereses. La debilidad política del colectivo, generaría, por tanto, una situación de vulnerabilidad general, dado que la dificultad para intervenir en los procesos que configuran su estatus jurídico puede repercutir negativamente en el contenido del mismo. Ello se paliaría con una mayor suspicacia del juez constitucional en la protección de sus intereses. Sin perjuicio del valor conceptual de esta línea doctrinal, su aplicabilidad práctica es, si no imposible, especialmente compleja. Quizá por ello no ha tenido repercusión en la jurisprudencia.

7. De la fusión de los estatutos constitucionales “homologados” del extranjero y del menor, surgen las líneas maestras del estatuto del menor no acompañado. En primer lugar, éste será titular de todos los derechos fundamentales que corresponden a la “persona”, pues su condición de extranjero le priva de aquéllos anudados a la ciudadanía. Es decir, será titular de todos los derechos fundamentales, excepto de los recogidos en el artículo 23 de la Constitución, sin perjuicio de la salvedad del 13.2 CE. Ésta limitación, que constituye la principal “aportación” de la condición de extranjero al estatuto constitucional del menor no acompañado, carece, sin embargo, de transcendencia práctica, puesto que la minoría de edad impediría, aunque no concurriera la extranjería, el ejercicio legítimo de aquellos derechos.

En lo referente al ejercicio iusfundamental, se produce una tensión derivada del hecho de que la extranjería actúa en la figura del menor no acompañado con fuerzas jurídicas opuestas. Por una parte, constituye una situación jurídica diferenciada de la de los nacionales respecto a determinados aspectos de la regulación (entrada y residencia en territorio estatal, por ejemplo) o, visto desde otra perspectiva, introduce en el tablero determinados intereses, como la gestión ordenada de flujos migratorios, hipotéticamente susceptibles de legitimar restricciones iusfundamentales. Pero por otra parte, su intersección con las condiciones de minoría de edad y desamparo, provoca una situación de vulnerabilidad agravada que también resulta significativa jurídicamente, frente al mandato de igualdad material, por resultar acreedora de una protección especial, que supone una resistencia más intensa frente a restricciones de derechos fundamentales, e incluso, en ocasiones, la dilatación de su contenido. Entre estos intereses en conflicto, uno se erige para alumbrar la solución de la contradicción: el interés prevalente del menor. El influjo hermenéutico de este principio constituía la

incógnita de la ecuación del estatuto constitucional del menor no acompañado, cuya resolución descubre las líneas maestras de su tratamiento. El interés superior del menor le otorga una protección especial, al prevalecer sobre la protección de otros bienes constitucionales.

La principal influencia del principio sobre el estatuto del menor no acompañado, es hacer **prevalecer su condición de menor sobre la de inmigrante**. Ello deberá respetarse tanto en el contenido de la legislación que le afecta, como en su aplicación, y en la resolución jurisprudencial de conflictos en los que se vea involucrado. Sin embargo, no siempre ocurre así.

8. El principio constitucional de apertura internacional se aplica de forma especialmente intensa al tratamiento del menor extranjero no acompañado. No sólo porque la piedra angular de toda construcción normativa contemporánea en esta materia, la Convención de los Derechos del Niño, sea un tratado internacional, sino también porque, a las vías generales de “entrada” del Derecho supraestatal en el ordenamiento jurídico, a través de la Norma Fundamental (artículos 93, 96, 10.2 CE), se añaden otras dos específicas, que inciden en el tratamiento del colectivo, a saber, el artículo 13.2 CE, respecto a los derechos de los extranjeros, y el artículo 39.4 CE, respecto a la protección del menor. En virtud de este último, lo dispuesto en esta materia por los tratados internacionales ratificados por España, incluido el principio del interés superior del menor, pasa a engrosar el contenido material del principio rector que los invoca.

La intensa apertura constitucional al Derecho Internacional en materia de menores extranjeros no acompañados, unida a la primacía del Derecho Comunitario, y a las implicaciones del pluralismo constitucional de nuestros días, que han ensanchado las fronteras del concepto material de Constitución; comporta la **necesidad de integrar postulados europeos e internacionales en la construcción de su estatuto constitucional**.

Dicha integración conduce, en ocasiones, a resultados contradictorios, dadas las tensiones existentes en la esfera supranacional. De entre ellas, la principal, que se produce entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, responde a que, mientras estos últimos respetan la prevalencia de

la condición de menor sobre la de inmigrante, aquél no siempre lo hace, por más que esté jurídicamente obligado a ello, no sólo en virtud de la Carta de Derechos de la Unión, sino también de los límites emanados de la Convención de Derechos del Niño, y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Este último, en particular, así como el Consejo de Europa, en general, suelen respetar dicha prevalencia de la condición de menor sobre la de inmigrante. Sin embargo, es necesario que los efectos interpretativos del interés superior del menor se consoliden y sistematicen. Y es que, de la zigzagueante jurisprudencia del Tribunal Europeo en la materia, parece desprenderse que éste modifica ligeramente el influjo hermenéutico de aquel principio cuando lo aplica a supuestos de posible expulsión de menores extranjeros no acompañados. En este sentido, si bien cada vez es más complicada la expulsión de menores en el ámbito de aplicación del Convenio, hasta el punto de que la doctrina la considera prácticamente proscrita a los ojos del Tribunal, éste justifica, excepcionalmente, la expulsión de menores por razón de orden público o seguridad nacional. Algo que contrasta con la aplicación del principio del interés superior del menor por parte de la Corte Europea en otros ámbitos, como el de las relaciones jurídico-privadas, en los que parece proscribirse la restricción de los derechos fundamentales del menor con objetivos distintos al de su propia protección. Razones de seguridad jurídica y, sobre todo, de protección del menor, exigen una homologación en la argumentación del Tribunal Europeo respecto al interés superior del menor.

9. Pero, sin duda, el ordenamiento que alberga más contradicciones en lo que al tratamiento del menor no acompañado se refiere, es el comunitario. La **disociación competencial del estatuto del colectivo**, derivada de la asunción comunitaria de competencia compartida en materia de inmigración, frente a la permanencia de la protección del menor en la esfera doméstica, ha comportado que, en ocasiones, lo dispuesto por las normas comunitarias en materia de inmigración contradiga o sobrepase la protección brindada al menor por el Derecho interno. Asimismo, el hecho de que la Unión ostente competencia en materia de inmigración, pero no en protección del menor, dificulta la prevalencia normativa de la condición de menor sobre la de inmigrante, pues todo lo relativo al colectivo objeto de estudio se ha regulado bajo la competencia de inmigración. El peligro de desprotección se agrava por el hecho de que

los valores sobre los que se asienta la política migratoria europea, a saber, el utilitarismo y la seguridad, distan mucho de los que inspiran la protección de menores.

El Derecho migratorio comunitario, y de forma paradigmática, la Directiva de Retorno, prevén la aplicación a los menores extranjeros de medidas como la expulsión, el internamiento previo a la misma y la posterior prohibición de entrada al territorio europeo. Medidas palmariamente incompatibles con el estatuto constitucional del menor no acompañado que se defiende, por restringir sus derechos fundamentales con una finalidad diversa a su propia protección, como es la lucha contra la inmigración irregular.

Las disposiciones específicas para menores no acompañados con fuerza normativa, si bien suelen alivianar el Derecho de extranjería comunitario para aplicarlo a menores, no alteran la lógica subyacente al mismo (utilitarismo y seguridad). Sin embargo, algunas disposiciones de *soft law* sí lo hacen, reemplazándola por el interés superior del menor. Esta esquizofrenia normativa responde a la tensión entre la perspectiva conservadora y pragmática del Consejo, y la de la Comisión Europea, más garantista.

La protección del menor garantizada por la Carta (art. 24) exigiría la reforma de las disposiciones normativas que apliquen al colectivo la lógica de la inmigración, olvidando la protección que como menores merecen. Empero, mientras no se produzca tal reforma, o un pronunciamiento del Tribunal de Justicia en este sentido, los Estados deberán realizar, al transponer y aplicar la normativa europea, una interpretación de la misma conforme a los derechos fundamentales de Unión.

Respecto a la hipotética asunción de competencia en materia de protección de menores por parte de la Unión, el ordenamiento comunitario no ha demostrado la suficiente madurez como para regular un tema tan sensible, por lo que antes que de aquélla se produjera, convendría robustecer su patrimonio constitucional y de derechos fundamentales. Mientras ello no ocurra, habrá de profundizarse en la vía del respeto y la promoción de los derechos del menor en el desarrollo de otras competencias comunitarias, máxime teniendo en cuenta que tal promoción constituye, además de una obligación derivada de la Carta, uno de los objetivos de la Unión. La protección del menor debe infiltrarse en cada una de las políticas comunitarias susceptibles de afectar a su esfera jurídica, configurando una suerte de parámetro transversal de legalidad. Esta

es la dirección en la que la Unión, o, al menos, algunas de sus instituciones, parecen avanzar.

10. La prevalencia de la condición de menor sobre la de extranjero, no siempre se refleja en la **distribución territorial y orgánica de competencias** de nuestro ordenamiento.

Desde una perspectiva territorial, no se respeta cuando el Estado, como ente competente en materia de inmigración, regula y ejecuta en esta sede aspectos del tratamiento de menores extranjeros no acompañados, incluso medidas específicas de protección del colectivo, invadiendo de esta forma la competencia autonómica en materia de protección pública de menores.

El ejemplo más claro quizá sea el del procedimiento de repatriación, que a pesar de considerarse en nuestro ordenamiento una medida de protección del menor, se regula y ejecuta por el Estado. Otro ejemplo sería el procedimiento de determinación de la edad, que, si bien se ubica en la misma frontera entre la extranjería y la protección del menor, dada la presunción de minoría de edad de quien a él se somete, debería regularse en el ámbito competencial de protección del menor.

Sin embargo, dado que los dos procedimientos mencionados inciden directamente en el ejercicio de derechos fundamentales, es esencial que una regulación estatal, que cumpla con la reserva legal (artículo 53.1 CE), garantice las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de aquéllos (artículo 149.1.1 CE).

Existen al menos dos vías de cumplimiento de dicho objetivo. La primera sería integrar la regulación de los aspectos de su tratamiento que afecten a posiciones fundamentales de igualdad en la Ley del Menor, agregando a ésta un título dedicado específicamente a los menores no acompañados.

Alternativamente, podría realizarse una reforma constitucional que convirtiera a la “protección del menor” en una materia competencial, en la que el Estado sería competente de las bases de la legislación, y las Comunidades Autónomas, de su desarrollo legislativo y ejecución. Esta segunda opción, si bien es más difícil de realizar, por su mayor enjundia, presenta la ventaja de que atajaría el problema, de mayor alcance, de la inseguridad jurídica y, en algunas ocasiones, ejercicio ilegítimo de competencias, existente en materia de protección del menor. Asimismo, brindaría al

Estado un espacio de legitimidad, actualmente inexistente, para coordinar la actuación autonómica en la materia, así como proporcionar igualdad en las posiciones iusfundamentales de los menores. La hipotética ley de bases de protección del menor, en la que se plasmarían dicha competencia estatal, debería contener un capítulo específicamente dedicado a los menores no acompañados, en el que se regularan las bases de su tratamiento tuitivo específico.

Por otra parte, en el reparto competencial orgánico o institucional, también existen incoherencias. Por ejemplo, es la sección de extranjería de la Fiscalía, y no la sección de menores, la competente para actuar en materia de menores no acompañados; es la Comisaría de Extranjería y Fronteras, y no los GRUME (Grupos de Menores de la Policía), la competente de la actuación policial relativa al colectivo; y, en la Comunidad de Madrid, actualmente es la Consejería de Inmigración, y no el Instituto Madrileño de la Familia y el Menor, la que expide el informe de recomendación a los menores extutelados (a efectos de obtener la documentación), a pesar de ser la entidad protectora (Instituto Madrileño) la legalmente competente.

Esta actuación esquizofrénica parece revelar la percepción subconsciente del Estado respecto al colectivo objeto de estudio, que realzaría su condición de inmigrantes sobre la de menores.

11. El tratamiento jurídico del colectivo no debe soslayar la **transcendencia constitucional de gran parte de los problemas** que presenta. El ordenamiento vigente aborda algunos de ellos cual si de problemas de mera legalidad se tratara, ignorando, consecuentemente, las exigencias formales y materiales emanadas de la Norma Fundamental.

Paradigmática es, en este sentido, la regulación (o ausencia de la misma, en algunos puntos) del procedimiento de determinación de la edad, que parece desconocer la restricción que el mismo genera en varios derechos fundamentales, como la integridad física y moral, la intimidad, la libertad y seguridad, y la tutela judicial efectiva. En primer lugar, la regulación del procedimiento incumple la exigencia formal de reserva de ley del artículo 53.1 CE. Las parcas e incompletas pinceladas mediante las que la Ley y el Reglamento de Extranjería regulan el procedimiento, dejan importantes lagunas que, de acuerdo con lo previsto por este último, habrán de colmarse en un -

todavía no aprobado- Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, de rango inferior a la ley.

La regulación actual tampoco contempla las exigencias constitucionales de carácter material para el condicionamiento iusfundamental, a saber, respeto del contenido esencial y proporcionalidad. Tales exigencias se concretarían, en este caso, en una serie de requisitos, como la necesidad de consentimiento informado o resolución judicial motivada en base al interés superior del menor, el reconocimiento de asistencia letrada gratuita y del derecho a impugnar el decreto de determinación de la edad, la existencia de un margen de discrecionalidad para que el operador jurídico valore la necesidad y proporcionalidad del procedimiento en cuestión en el caso concreto, la inclusión de las pautas científicas consensuadas con objeto de reducir el margen de error de las pruebas médico forenses, etc. La norma que regule el procedimiento (Ley del Menor, o una hipotética ley de bases de protección del menor), deberá garantizar dichas exigencias.

12. Nuestro ordenamiento regula la **repatriación como medida de protección** del menor, que ha de ejercerse en su interés. Será una expulsión encubierta toda repatriación que no se realice en interés del menor. Por tanto, el procedimiento de repatriación debe rodearse de las garantías necesarias para asegurar que tal medida sólo se adopte cuando constituya la opción más conveniente para el menor.

La primera garantía será la misma motivación de la resolución administrativa o judicial de repatriación, que ha de fundarse en el interés prevalente del menor. Ello determina que todo el procedimiento, tanto los aspectos procedimentales como la argumentación de las partes, esté orientado a desentrañar qué es lo más conveniente para aquél, lo que conlleva una especial flexibilidad.

Ciertos derechos constitucionales y convencionales coadyuvan a desvelar en qué consiste el interés superior del menor. Así, el derecho a la vida y a la integridad física y moral delimita un claro punto de partida, una línea roja en la que no se admite ponderación: no repatriar al menor cuando ello conlleve riesgo para dichos derechos.

El derecho del menor a ser escuchado constituye una herramienta de inestimable valor en este contexto, por aportar información determinante, no sólo sobre la conveniencia de la repatriación, en base a las circunstancias familiares y socio-

económicas del menor en su país de origen; sino también sobre la eficacia de la misma, en virtud de la posibilidad de reincidencia migratoria que se desprenda de testimonio del menor.

Es necesario que la ley garantice el derecho del menor a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo de repatriación, pues, en dicho marco, tal asistencia se considera inherente al derecho a ser escuchado. La falta de reconocimiento actual supone un agravio comparativo respecto a los extranjeros adultos, que gozan de asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos que puedan conducir a su retorno.

La determinación de lo que en el caso concreto conviene al menor requiere de una ponderación de los derechos fundamentales y convencionales involucrados, significativamente, el derecho a la vida privada y familiar; el derecho a vivir en el país de origen (que la doctrina entiende implícito en la Convención de Derechos del Niño); y los derechos económicos, sociales y culturales, de los que el menor extranjero disfruta en España en condiciones de igualdad a los nacionales.

La interpretación del derecho a la vida privada familiar ha de huir del automatismo a favor de la reunificación familiar, en pro de una valoración casuística y una verdadera ponderación con los otros derechos involucrados. Asimismo, se deberá tener en cuenta que la separación familiar responde a una decisión voluntaria del titular de derecho, así como la férrea limitación del Estado para intervenir en la familia con la finalidad de aliviar sus problemas y facilitar la reintegración del menor, puesto que la misma se encuentra fuera de su jurisdicción. Sin perjuicio de ello, la familia es un elemento esencial en la ecuación que supone desentrañar el interés superior del menor, por lo que, bajo el paraguas de la flexibilidad formal que el interés superior del menor aporta a los procedimientos, han de buscarse mecanismos de acercamiento (vía consular o mediante organizaciones internacionales), que la integren en el proceso decisorio.

Las mencionadas garantías, muchas de las cuales ya han sido formalmente incluidas en la ley, han convertido a la repatriación en un procedimiento de difícil ejecución, por lo que actualmente apenas se realiza.

13. La incertidumbre es una constante en la vida del menor no acompañado. La amenaza que supone la posibilidad permanente de ser repatriado, que planea sobre el

menor cual espada de Damocles, confluye fatídicamente con una regulación incierta y poco clara de los procedimientos de regularización administrativa, especialmente en lo que atañe al tránsito a la mayoría de edad. A ello se le suma la conculcación del principio de legalidad por parte de una Administración que sistemáticamente aplica la ley con retrasos, sin uniformidad, y con artimañas para evitar la permanencia de los jóvenes ex-tutelados en el país. El resultado es una situación de precariedad residencial del menor incompatible con una proyección de futuro realista, lo que constituye un desincentivo para su integración y el efectivo ejercicio de sus derechos. La incertidumbre constituye un potente inhibidor del ejercicio iusfundamental, que lleva al menor a una situación de vulnerabilidad generalizada. El Estado social está obligado, ex 9.2 y 39.4 CE, a establecer medidas que redunden en el pleno disfrute de los derechos del menor. En este caso, el factor obstructor de tal disfrute está perfectamente identificado: la inseguridad jurídica; por lo que el objetivo del Estado es claro: **proporcionar certeza.**

Si bien en los últimos años, sobre todo a raíz de la entrada en vigor del Reglamento de Extranjería de 2011, tanto la regulación de este tema, como su ejecución, han mejorado notablemente en términos de seguridad jurídica y respeto de la legalidad, existe todavía un considerable margen de saneamiento.

Primero, ha de regularse un plazo máximo para las repatriaciones forzosas, pasado el cual, sólo podrá repatriarse al menor si el mismo lo acepta.

Segundo, la Administración ha de cumplir con sus obligaciones de documentación, y cumplir en plazo.

Tercero, cuando ello no ocurra, y un joven extranjero alcance la mayoría de edad sin haber sido previamente documentado, éste no puede asumir, como ocurre bajo la normativa vigente, las consecuencias del incumplimiento de la Administración, teniendo que hacer frente a un procedimiento de regularización más difícil e incierto. Por el contrario, la Administración deberá paliar la situación de vulnerabilidad que ella misma ha provocado, y tramitar la nueva autorización temporal de residencia de estos jóvenes como si de una renovación se tratara. La regulación actual, no sólo penaliza al joven por la negligencia administrativa, sino que es discriminatoria, pues trata de forma peyorativa a un colectivo más vulnerable que el que constituye el *tertium comparationis* (los ex-tutelados documentados).

Cuarto, el informe positivo de la entidad protectora requerido para la documentación de los jóvenes ex- tutelados debe adecuarse a criterios claros, ciertos, y públicos, de manera que el menor conozca de antemano los requisitos que ha de cumplir para conjurar la irregularidad administrativa cuando alcance la mayoría de edad. Actualmente, la concesión de aquél informe constituye un misterio.

Por último, desde el momento en que el menor alcance la edad legal de trabajar, se le debe otorgar una autorización de residencia y trabajo, que palie las dificultades agravadas que padece para acceder al mercado laboral, tanto durante su minoría de edad, como cuando transita a la mayoría de edad.

14. El principal elemento diferenciador del menor no acompañado frente al menor nacional, que incrementa exponencialmente la vulnerabilidad de aquél frente a éste, es la **ausencia de sus representantes naturales**, los padres o tutores.

Ello plantea el espinoso problema de quién ha de asumir la representación del menor. Problema de dimensión constitucional, puesto que una representación efectiva e independiente es, en ocasiones, requisito imprescindible para el ejercicio de derechos fundamentales por parte del menor.

La cuestión es altamente controvertida: todas las alternativas de solución despiertan recelos. Nuestro Código Civil opta por encomendar la tutela y representación del menor desamparado a la entidad autonómica de protección, es decir, la Administración. El problema es que, lo que aquélla norma prevé como solución provisional y subsidiaria, se convierte, en el caso de los menores no acompañados, en definitiva, dadas las mínimas posibilidades de adopción que su perfil conlleva y la dificultad de reinsertarlos en su propia familia. También provoca desconfianza frente a esta alternativa, la alta probabilidad de que se originen situaciones de fricción entre los intereses del menor y los de la Administración.

La opción de atribuir la tutela ordinaria del menor a una asociación o entidad privada, contemplada por la Ley de Extranjería, despierta recelos en cuanto a la utilización lucrativa de la tutela que podría generarse, así como respecto a las finalidades que las entidades podrán albergar, ocultando bajo la fachada de la protección, formas diversas de explotación.

Quizá lo más apropiado fuera promover la vía de la tutela ordinaria de menores no acompañados por parte de particulares o familias, sobre todo cuando se trate de familia extensa, amigos o personas del círculo socio-cultural del menor y, subsidiariamente, por parte de la Administración. Ahora bien, esta solución debería rodearse de garantías, como un ensayo temporal previo, mediante acogimiento familiar, que permitiera verificar la idoneidad de la medida y, sobre todo, un riguroso proceso de selección y supervisión de los tutores.

Un complemento necesario de la representación independiente y efectiva, que debe ser contemplado por la ley, es el asesoramiento especializado que proporciona el derecho a la asistencia jurídica gratuita. En los procedimientos administrativos y judiciales que configuran el itinerario jurídico vinculado a la condición de extranjero del menor no acompañado, este derecho se considera consustancial al derecho a ser escuchado. Ello responde, no sólo a los mencionados conflictos de intereses, que tan fácilmente pueden surgir con la Administración, sino también a la situación de vulnerabilidad agravada desde la que el menor se enfrenta a dichas tensiones (minoría de edad, desconocimiento del idioma, etc.), a la complejidad jurídica de los procedimientos, su relevancia (por la importancia de sus resoluciones en la vida del menor), y la afección negativa que suponen sobre derechos fundamentales del menor. La intervención del Ministerio Fiscal como garante legal del interés del menor, si bien es absolutamente necesaria, no puede sustituir la individualización, exclusividad y accesibilidad de la asistencia letrada.

BIBLIOGRAFÍA.

ACOSTA, D.: “The Good, the Bad and the Ugly in the EU Migration Law: Is the European Parliament becoming Bad and Ugly? (The adoption of the Directive 2008/15: The Returns Directive)”, en *European Journal of Migration and Law*, 11 (2009), pp. 19-39.

AMORES CONRADI, M.A.: “Artículo 12”, en CASAS BAAMONDE, M.E y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 222-226.

AGUIAR DE LUQUE, L.: “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, nº24, 1987, pp. 11-30.

AGUILERA CABELLO, E.: “La atención psicoeducativa a menores inmigrantes no acompañados. La acogida inmediata”, en GARCIA GARNICA, M.C. (dir.): *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinar*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 211- 229.

AHUMADA RUIZ, M.: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 1991, pp. 169-194.

AJA, E.:

- *Inmigración y democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- *Los derechos de los inmigrantes en España*, 2009.
- “La reforma de la Ley de Extranjería”, en AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J.: *La inmigración en tiempos de crisis. Anuario de la inmigración en España. Edición 2009*. Editores: Diputació Barcelona, CIDOB, Fundació Jaime Bofill, Fundación José Ortega y Gasset, Unicaja. Barcelona, 2010, pp. 19-40.

AJA, E., MONTILLA, J. A., y ROIG, E.: *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Tirant lo Blanch- Institut de Dret Public, Valencia, 2006.

ALÁEZ CORRAL, B.:

- “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21/Primer semestre 2013, pp. 37-78.
- *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

- *Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

ALBERTÍ ROVIRA, E.: “La delimitación de las competencias entre las Unión y los Estados miembros”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, enero-marzo 2003, pp. 81-110.

ALEXY, R.:

- “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXY, R.: *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2ª ed., 2009, pp. 45-84.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

ALONSO GARCÍA, R.: “El *soft law* comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, nº 154, enero-abril 2001, pp. 63- 94.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº16, enero-diciembre 2002, pp. 41- 63.

ÁLVAREZ ORTEGA, M.: “Metamorfosis del concepto de ciudadanía y ciudadanía europea”, en VVAA: *Una Constitución para la ciudadanía europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 115-129.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

AQUINO DE SOUZA, C.: “Las cuotas electorales y los derechos fundamentales”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 13, enero 2011, pp. 37-66.

ARANGO, J.:

- “Del boom a la crisis”, en MATÍA PORTILLA, F.J. (Dir.): *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 23-54.
- “Una nueva fase en la construcción de la política común de inmigración y asilo de la Unión Europea: El Programa de Estocolmo”, en SORROZA BLANCO, A. (Coord.): *Presidencia española: retos en una nueva Unión Europea*, Instituto de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo; Fundación Alternativas;

ARCE JIMÉNEZ, E.: “Menores extranjeros no acompañados. Su desprotección frente a la legislación de extranjería”, en ALBERDI BIDAGUREN, J.; GOIZUETA VÉRTIZ, J. (coords.): *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 187-200, p. 190.

ASÍN CABRERA, M.A.: “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados”, en BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F.J.; MOYA MALAPEIRA, D.(Coord.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Institut de Dret Public- Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 251-259.

BALDACCINI, A.: “The return and removal of irregular migrants under EU Law: an analysis of the Returns Directive”, en *European Journal of Migration and Law*, 11 (2009), pp. 1-17.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALLESTRERO, M.V. “Acciones positivas: Punto y aparte”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996, pp. 91-109.

BARCELÓ, F: “Para que los hechos no se burlen de los derechos”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención de Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 457- 462.

BASCHERINI, G.: “Las políticas migratorias en Europa: una visión comparada”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, Julio-Diciembre de 2008, 49-100, p. 63.

BASTIDA FREIJEDO, F.J; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, 2004.

BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

BENAVENTE MOREDA, P.: “Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia”, en *Derecho Privado y Constitución*, año 17, nº 23, enero-diciembre de 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11-58.

BENDA, E.: “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en VVAA: *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BILBAO UBILLOS, J.M y REY MARTÍNEZ, F.: *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003.

BLÁZQUEZ PEINADO, M.D.: “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 233, Septiembre-Octubre 2004, pp. 18-32.

BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

BORRAJO INIESTA, I.:

- “El status constitucional de los extranjeros”, en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 697- 766.
- “La posición constitucional de los inmigrantes en Derecho español: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, MATÍA PORTILLA, F.J. (Dir.): *Crisis e Inmigración. Reflexiones multidisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 253-265.

BOYTON, B.: “Democracy and distrust alter 20 years: Ely’s process theory and Constitutional Law from 1990 to 2000”, en *Stanford Law Review*, vol. 53, nº 2, 2000-2001, pp. 397-446.

BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F.J; MOYA MALAPEIRA, D. (Coord.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Institut de Dret Public- Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BREEN, C.: *The standard of the best interest of the child. A western tradition in International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya (Holanda), 2002.

BUSTOS GISBERT, R.:

- *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñate, 2005.
- “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 95, año 32, mayo/agosto 2012, pp. 13-63.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente”,

en *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.*, CEPC, Madrid, 2004, pp.95-112.

CABEDO MALLOL, Vicente. *Marco constitucional de la protección de menores*, Instituto de Iberoamérica y del Mediterráneo, Valencia, 2006.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (directores): *Derecho Internacional Privado, Vol. II*, Comares, novena edición, Granada, 2008.

CALVO GARCÍA, M.: “La implementación del Convenio sobre los Derechos del Niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastian, volumen I*, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 151-171.

CAMPOY CERVERA, I: “Artículo 24. Derechos del niño”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 531-556.

CANOSA USERA, R.:

- *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- “¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva época, vol. 7, T. 1, 2006, pp. 151-215.

CARMONA CUENCA, E.:

- *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.
- «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo núm. 12)», en GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P. (coords.): *La Europa de los Derechos*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 733-764.
- “La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el Derecho español”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 9, 2011, pp. 103-124.

CARMONA LUQUE, M. R.:

- *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dyckinson, Madrid, 2011.
- “La no discriminación como principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastian, volumen I*, Servicio

Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 173-188.

CARRILLO, M.: “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 36, noviembre 1999, pp. 69 y ss.

CHOLEWINSKI, R.: “The EU *Acquis* on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights”, en *European Journal of Migration and Law*, vol. 2, 2000, pp. 361–405.

COTINO HUESO, L.: “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y en España”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época), nº 55, 1999 (III), pp. 291-394.

COTS I MONER, J.: “El defensor de los derechos de la infancia”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención de Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 449- 456.

CRUZ VILLALÓN, P.:

- “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, nº 35, mayo-agosto 1992, pp. 63-83.
- “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, pp. 32-62.
- “El concepto de igualdad y conceptos afines”, en *Jornadas sobre derechos individuales en la Constitución Española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, Fundación el Monte, Sevilla, 1993, pp. 39-46.

CULLEN, H.: “Children’s Rights”, en PEERS, S. y WARD, A. (Eds): *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 323-346.

DABOVE, M.I.: “Discriminación y ancianidad. Reflexiones filosóficas en torno al sistema jurídico argentino”, en *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382, pp. 153-164.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: “La poliédrica y heterogénea protección internacional de los menores”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, marzo de 2013, pp. 1-27.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A.: “El acogimiento del menor en situación de desamparo”, en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 231- 246.

DE LUCAS, J., RAMÓN, C. y SOLANES, A. (Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia): *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención Internacional de la Organización de Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, 18 de diciembre, Dym Catalunya, 2008.

DE PALMA DEL TESO, A:

- *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006.
- “La condición legal de “menor no acompañado” en nuestro Derecho de Extranjería; definición común en la Unión Europea. La *kafala* del Derecho Islámico”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº90, mayo-agosto 2011, pp. 101-138.

DE TORRES PEREA, J.M: *El interés superior del menor y el Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Iustel, Madrid, 2009.

DE WITTE, B. y TOGGENBURG, G.N.: “Human rights and membership of the European Union”, en PEERS, S. y WARD, A (ed.s): *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 59-82.

DEVON A. CORNEAL.: “On the way to grandmother’s house: is U.S Immigration policy more dangerous than the big bad wolf for unaccompanied juvenile aliens?”, en *Penn State Law Review*, vol. 109 (2004-2005), pp. 609-656.

DÍAZ CREGO, M.:

- “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 89, mayo-agosto (2010), pp. 115- 155
- *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2009.
- “Capítulo XV. Niños y adolescentes”, en ESCOBAR ROCA, G. (Dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, pp. 1619-1723.

DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª Ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona Jurídica*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003.

DURÁN AYAGO, A.: *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004.

DURÁN RUIZ, F.J.:

- “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de junio de 2007.
- “Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros”, en *TRACE-Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos*, nº 60, (diciembre de 2011), pp. 9-17.

DURÁN RUIZ, F.J. y BARRANCO VELA, R.: *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes. Estudios, documentos y selección normativa, con atención especial a la C. Autónoma de Andalucía*. Comares, Granada, 2009.

EEKELAAR, J.: “Interests of the Child and the Child’s wishes: the role of Dynamic Self-Determination”, en *International Journal of Law and the Family*, vol.8, 1994, pp. 42-61.

ELÍAS MÉNDEZ, C.: *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ESCUDERO LUCAS, J.L.: *La tuición del menor abandonado (artículo 172 del Código Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1995.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Artículo 39. Protección de la familia”, en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV: Artículos 39 a 55, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, pp. 44-67.

ETTE, A. y FAIST, T.: “The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration: Research, Questions and Concepts”, en ETTE, A. y FAIST, T. (Eds): *The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration. Between autonomy and the European Union*, Ed. Palgrave Macmillan, Nueva York, 2007.

FÁBREGA RUIZ, C.F.: “La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en su expediente de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J. y KRESSOVA, N. (Coords): *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 865-871.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “El Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, nº 69, septiembre-diciembre 2003, pp. 139-180

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B.: *El desamparo y la protección de los inmigrantes*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Artículo 9.2”, en VVAA: *Comentario a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 139-147.

FERNÁNDEZ SOLA, N.: “Conflictos armados y derechos del niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, volumen I*, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 221-253.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F.: “La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M (Coord.): *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, 1993, pp. 341- 360.

FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia* (2ªed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

FIGUEROA MEJÍA, G. A.: *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Número 43, México, 2011.

FRAGOSO MARTINS, P.: “5. Princípio das competências atribuídas e princípio das competências implícitas”, en OLIVEIRA PAIS, S. (Coord.): *Princípios fundamentais de Direito da União Europeia*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 155-178.

FREDMAN, S.:

- “Providing equality: substantive equality and the positive duty to provide”, en *South African Journal on Human Rights*, vol. 21, 2005, pp. 163- 190.
- “Positive rights and positive duties: addressing intersectionality”, en SCHIEK, D. and CHEGE, V.: *European Union Non-discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Routledge-Cavendish, Oxon, 2009.

GADAMER, H.G.: *Verdad y Método I*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1996.

GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA ROCA, J.:

- *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- “Constitutional principles concerning Social Security system in Spain: a citizens’s right”, en *Estudios de Homenaje a Prof. Jorge Miranda*, Edição

da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, volumen II, pp. 59-79.

- “Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo”, en: SERRANO GARCÍA, I. (Coord.): *La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 171-189.
- “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº30, 2012, pp. 183-224.
- *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- “Inmigración, integración social de los extranjeros, y concurrencia de competencias territoriales”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO: XXIX Jornadas de Estudio. *Derecho, Inmigración e Integración*, 21, 22 y 23 de noviembre de 2007, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- “Originario y derivado en el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Los tests de constitucionalidad y convencionalidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, enero-marzo 2003, pp. 165-190.
- “Taking social rights seriously: principle of financial sustainability. A budgetary impact statement”, en ponencia presentada a la *International Association of Constitutional Law (IACL)*, Rio de Janeiro Round Table, “Constitutional and economic crisis: national and transnational economic regulation and social rights”, abril de 2013.

GARCÍA ROCA, J., ALBERTÍ, E. y OTROS: *Treinta años de Constitución. Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA VÁZQUEZ, S.:

- *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- “Inmigración y derechos sociales: un binomio de libertad e igualdad”, en ALBERDI BIDAGUREN, J. Y GOIZUETA VÉRTIZ, J.: *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 149-185.

GARIBO PEYRÓ, A.P: *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

GAYA SICILIA, R.: “Tutela y guarda de menores en situación de desamparo”, en *Derecho de Familia*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1715-1751.

GEWIRTH, A.: *The Community of Rights*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996.

GIMÉNEZ GLÜCK, D.:

- “El derecho de sufragio activo y la mayoría de edad”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº12, 2012, pp. 190-206.
- *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosh, Barcelona, 2004.
- “La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión”, en *Revista española de Derecho europeo*, nº45, 2013, pp. 113- 136.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional y Europeo: derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid 2005.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

GONZALEZ LEÓN, C.: *El abandono de los menores en el Código Civil*, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1995.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

GUDE FERNÁNDEZ, A. y LÓPEZ PORTAS, Mª B.: “La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia”, en GARCÍA ROCA, J., ALBERTÍ, E. y OTROS: *Treinta años de Constitución. Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 763-786.

GUILLÓ JIMÉNEZ, J.: “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.): *El desarrollo del Convención sobre los derechos del niño en España*, Bosh, Barcelona, 2006. pp. 11-19.

GUTIERREZ GARCÍA, C. y MARTÍ SÁNCHEZ, J.M.: “Los derechos del menor. Evolución y situación actual”, en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, nº 28, sept. 2000, pp. 27-48.

GUTIERREZ ROMERO, F.M: “Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados: Garantías legales de su repatriación”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 86, segundo semestre de 2007, pp. 83-116.

HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

HAFEN, B.C. and HAFEN, J.O: “Abandoning children to their autonomy: the United Nations Convention on the Rights of the Child”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 37, afl. 2, 1996, pp. 449 - 491.

HIERRO, L.: “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, A. (Ed.): *Derechos Humanos del Niño, de los Trabajadores, de las Minorías y complejidad del sujeto*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 24 - 32.

HODGKIN, R. y NEWELL, P. (UNICEF): *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3ª Ed., septiembre de 2007.

JIMENA QUESADA, L.:

- “Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 58-59, 2007, pp. 207-225.
- “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en SANZ CABALLERO, S. (Ed.): *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-42.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite al legislador”, en REDC, nº 9, septiembre-diciembre 1983, pp. 71-114.

KORCZAK, J.: “Desarrollo del ideal de amor al prójimo en el siglo XIX”, en *Lecturas para todos*, nº 52, 1899, citado en “Janusz Korczak”, en *Perspectivas: revista trimestral de educación comparada*, UNESCO, vol. XXIV, números 1-2, 1994, pp. 37-48. París, 1994.

LARA AGUADO, A.: “Artículo 35: Menores no acompañados”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Ed.Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 596-640.

LASARTE, C.: “Artículo 12: Mayoría de edad”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1996, pp. 169-182.

LAVENEX, S.: “Towards the constitutionalization of aliens’ rights in the European Union?”, en *Journal of European Public Policy*, volume 13, issue 8, Diciembre 2006, pp. 1284-1301.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.:

- *Los menores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

- “¿Repatriación o reagrupación? La política del miedo”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MOROY ARAMBARRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 181-203.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y CULEBRAS LLANA, I. (coord.) *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho. IV Jornadas sobre Derecho de los menores, serie V*, Documentos de trabajo, 6, UPCO Servicio de Publicaciones, 2006.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOROY ARAMBARRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010.

LÓPEZ AZCONA, A.: “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en derecho español”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Ed. Lex Nova, nº 17, Marzo 2008, pp. 103-136.

LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ GUERRA, L.: “Notas sobre el principio de seguridad jurídica”, en MORODO, R. y DE VEGA, P.: *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú, Tomo II*, Universidad Complutense de Madrid-Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2000, pp. 1151-1167.

LÓPEZ ULLA, J.M.: “En torno a la constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España”, en DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. (Ed.): *Inmigración irregular y Derecho, VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, pp. 177-185.

MacCORMICK, N.:

- “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en MacCORMICK, N.: *Derecho Legal y Socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-138.
- *Questioning sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, Oxford.

MADRAZO RIVAS, E.: “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998. El interés superior del menor frente al respeto de la vida familiar”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 15, 2000, pp. 323-333.

MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 24. Derechos del niño”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 441-453.

MARCO AROCAS, E.: “Situación de los menores no acompañados en los centros de protección”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.): *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp.297-306.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C.: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

MARTÍN DE LA VEGA, A.: *La sentencia constitucional en Italia-Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid, CEPC, 2003.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 6, Nº 12, 2002, págs. 343-391.

MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA (Coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

MATÍA PORTILLA, F.J. (Dir.): *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades”, en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 131-152, p. 133.

MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, D.: *Control judicial y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, CEPC, Madrid, 2011.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.:

- *La seguridad jurídica y el sistema de protección de menores español*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional?”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOROY ARAMBARRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 97-112.

MOYA, D.; AGUELO NAVARRO, P.; y presentación y coordinación VIDAL FUEYO, Mª C.: *La reforma de la Ley orgánica de extranjería* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 15-69.

O'CONNELL, R.: "Realising political equality: the European Court of Human Rights and positive obligations in a democracy", en: *Northern Ireland Legal Quarterly*, 61, 2010, pp. 263-279.

OEHLING DE LOS REYES, A.: "El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa continental", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 91, enero-abril, 2011, pp. 135-178.

OLESTI RAYO, A.: "Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, Julio-Diciembre de 2008, pp. 13-48.

PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, COLEX, Madrid, 1997.

PANTOJA GARCÍA, F. y NIETO, L.C.: *Los derechos de los menores extranjeros*, CGPJ, Madrid, 2007.

PAREJO ALFONSO, L.: "Estado Social y Administración Prestacional", en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57, mayo-agosto 2000, pp. 17-47.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.:

- "La universalidad de los derechos humanos", *DOXA* 15-16, 1994, pp. 613-633.
- *Curso de derechos fundamentales (Teoría General)*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995.

PEERS, S.: "Legislative update: EU Immigration and Asylum Competence and decision-Making in the Treaty of Lisbon", en *European Journal of Migration and Law* 10 (2008), pp. 219 -247.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Las dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 34, Dykinson, Madrid, 2007.

PÉREZ SOLA, N.: "La Directiva de retorno y la involución de la Europa de los derechos", en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 8/2008 (Segunda época) rej.ujen.es.

PÉREZ VERA, E.: "El derecho de protección de los menores", en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1299-1307.

POILLOT PERUZZETTO, S. "Les droits de l'enfant dans l'ordre communautaire", en GADBIN, D. y KERNALEGUEN, F. : *Le statut de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, Bruelas, 2004, pp. 32- 64.

PRESNO LINERA, M.A.: *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003.

PRIETO SANCHÍS, L.: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, septiembre-diciembre 1995, pp. 9-57.

PRINGLE, K: *Children and social welfare in Europe*, Open University Press, Buckingham, 1998.

QUERALT JIMÉNEZ, A.: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

QUIRÓS FONS, A.: “Derecho Comunitario de Extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre Reagrupación Familiar y reforma del Derecho interno español”, en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, nº 21, 2003, pp. 383-415.

REVILLA BLANCO, M.: “Infancia, juventud y migraciones: consideraciones finales”, en REVILLA BLANCO, M. (Coord.): *Infancia, juventud y migraciones: una mirada para la cooperación internacional*, Fundación Carolina- Siglo XXI, Madrid, 2011, pp. 397-406.

REVIRIEGO PICÓN, F.: *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.

REY MARTÍNEZ, F.:

- “¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 327- 352.
- “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº84, septiembre-diciembre 2008, pp. 251-283.

RIPOL CARULLA, S.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, ed. Atelier Internacional, Barcelona, 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F.: “Los derechos del niño y de las personas mayores”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V.: *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 849-898.

ROSSI, E.: “I diritti fondamentali degli stranieri irregolari”, en REVENGA SANCHEZ, M.: *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 109-152.

ROY, J.A.: “Carolene Products: A Game-Theoretic Approach”, en *Brigham Young University Law Review*, 53, 2002, pp. 53-110.

ROZZI, E.: *The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention on the Rights of the Child*, Save the Children Italy, Rome, 2002.

RUBIO MARÍN, R.: “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, en *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Extranjería e inmigración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 11-51.

RUIZ LEGAZPI, A.:

- “La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados”, en *Revista de Derecho Político*, nº 61, 2004, pp. 141-172.
- *La expulsión de los menores extranjeros. Límites constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- “La protección de los menores inmigrantes”, en AJA, E. (Coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Institut de Dret Públic-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 493-528.

RUIZ MIGUEL, A.: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Ed.): *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 155-199.

SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ NAVARRO, A. J.: *La actividad de las Cortes Generales en defensa de la constitucionalidad de las leyes*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, Valencia, 2004.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ M.J.: “Ética e infancia: el niño como sujeto moral”, en: *Fundamentos en humanidades. Universidad Nacional de San Luis, Argentina*. Año VIII- Número I (15/2007), pp. 179-192.

SANTOLAYA MACHETTI, P.: “El derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, en GARCÍA ROCA,

J., y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 545-567.

SANTOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ RICCI, S.M: “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de los grupos vulnerables”, en GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., SANTOLAYA MACHETTI, P., CANOSA USERA, R. (Ed.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas- Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 273- 309.

SANTOLAYA, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M.: *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

SCHIEK, D. y LAWSON, A. (Ed.): *European Union non-discrimination Law and Intersectionality. Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Ashgate, Surrey (England), 2011.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Fundación Diagrama, Murcia, 2009.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Coord.): *Los menores en protección*, Grupo difusión, Madrid, 2007.

SMEND, R.: “Ciudadano y burgués en el Derecho Político alemán”, en SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 247-267.

SMITH, T. y BROWNLEES, L. (UNICEF): *Age assessment practices: a literature review and annotated bibliography*, New York, 2011.

SPIJKERBOER, T.: “Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion”, en *European Journal of Migration and Law* 11(2009), pp. 271-293.

TORRES PÉREZ, A.: *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.

TORRES DEL MORAL, A.: “Fundamento del Sistema Constitucional de los Derechos”, en TRUJILLO, G.; LÓPEZ GUERRA, L.; GONZÁLEZ-TREVIANO, P.: *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

TROLLER, S. (HUMAN RIGHTS WATCH): *In the migration trap: unaccompanied migrant children in Europe*, 2010.

TURNER, B.S.: *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2006.

VVAA: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias. seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Generalitat de Catalunya-Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1992.

VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M.: “La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento Comunitario 2001/2003”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 11/2006.

VIDAL FUEYO, C.: *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.): *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Bosh, Barcelona, 2006.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención de Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009.

VON BOGDANDY, A., BAST, J.: «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.

ZARANDIETA MIRABENT, E.: *El menor en el Derecho*, Reus, Madrid, 1920.

ZUMAQUERO GIL, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”, en VVAA: *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 39- 56.

ANEXO I: MENCIÓN EUROPEA: CONCLUSIONES DE LA TESIS EN INGLÉS.

1. The construction of the **constitutional status of unaccompanied migrant minors** is one of the challenges faced by the current Constitutional Law. Not only because it represents the indispensable theoretical knowledge necessary in solving the legal problems associated with this collective, but also because its construction would pay off a double debt pending in the discipline: the definition of both the statuses of migrants and minors.

The status of unaccompanied minors must be constructed upon the foundation of constitutional equality. This is the most appropriate interpretation, from the perspective of the *Magna Carta*, of the articles sustaining the minors' and migrants' statutes, because it is the result of extending constitutional values and principles to them.

The process of constitutional normalization of the status of migrants, both minors and adults, must be undertaken irrespective of socioeconomic contingencies, since immigration —although it has decreased in the last few years as a result of the economic crisis— has proved to be one of the immanent features of globalization, intrinsic to its nature. The reality of immigration has prevailed and has imposed itself bluntly, without referendums or the intervention of the legislature, and has transformed the nature of one of the constitutive elements of the State, the Nation, which is, again, the “people”. People, as HABERMAS defends¹⁰⁶², are not necessarily bound by religious, cultural or historic homogeneity, but by the peaceful acceptance of diversity and submission to rules of cohabitation. The constitutional structure should adapt itself to this medullar transformation of the State and, far from short-term and unreflective remedies, structural solutions, such as constitutional normalization, are required. At the same time, constitutional normalization prevents that the adaptation to the new reality causes a sacrifice of dignity's protection standards reached in the West. It also extends constitutional freedom and equality to

¹⁰⁶²

HABERMAS, J: *Facticidad y validez*, cit., pp. 619-643.

subjects who have, until now, been partially excluded from the constitutional norm, thus maintaining this historical conquest as an identity sign of our societies.

2. The **constitutional homologation of the migrant's status** deals with the limit derived from the existence, reflected in the Constitution, of two centres of attribution of fundamental rights, "citizen" and "person." On this basis, the equalization process requires the exhaustion of all equality spaces not banned by the Constitution, reducing as much as possible the rights attributed to the citizen and saving the rest for the person. Consequently, the former would exclusively refer to the political rights encompassed in art. 23 of the Spanish Constitution (SC), since they are the only ones from which migrants are constitutionally banned. *Sensu contrario*, the remaining constitutional rights belong to the person. As a result, the conditions set upon the second group of rights, including the conditions relating to the foreigner or migrant statuses, should be subject to the proportionality and equality canons.

From a formal perspective, the conditions associated to the exercise of migrants' fundamental rights shall be stated in a statute (by virtue of the requirement contained in art. 53.1 SC) or, and this possibility is specific for migrants by virtue of art. 13.1 SC, in an international treaty. This exception to the generic statutory reserve would become, according to the constitutional mutation proposed, the main contribution of this article, thus avoiding its superfluity. As a result, the construction of both sections of article 13 SC, fully concordant to its literality, would be as follows: in Spain, migrants are entitled to the rights included in Title I of the Constitution (except for art. 23) and shall exercise them according to the statutes and the treaties, which shall always respect the proportionality and equality tests when regulating them.

Implicitly, this interpretation acknowledges that migrants also enjoy the right to equality and non-discrimination, except in relation to art. 23 SC. The Spanish Constitutional Court has insinuated this interpretation but has never recognized it openly, since it would contradict its tripartite theory of migrants' fundamental rights. Nevertheless, an internationally consistent interpretation of article 14 SC

—including the ECtHR case-law on article 14 of the Convention and article 1 of Protocol 12, and also article 26 of the ICESCR and the interpretation rendered by the Human Rights Committee—, that recognizes the legal equality of the person as such without excluding migrants, would legitimate the power of this thesis, a thesis that obviously does not proscribe any differences of treatment based upon nationality or migratory status, but only disproportional differences.

3. The **constitutional homologation of minors' status** implies, in the first place, the acceptance that minors are entitled to each and every fundamental right, notwithstanding that to exercise political rights it is necessary to be of legal age. In the second place, it implies acknowledging the progressivity of their capacity to exercise fundamental rights, dependent on their maturation process.

The lack of sufficient capacity to act is the first category of limits -the intrinsic- faced by minors in the exercise of fundamental rights. In certain cases, such a limit may be avoided by means of a representative. The second category of limits -the external or extrinsic- originates in the equipoise process between the minors' rights and other protected constitutional goods, which requires any restrictive measures to comply with the proportionality canon. Nevertheless, as a consequence of the best interest of the child principle, the only constitutional good the protection of which may legitimate a restriction of a minor's fundamental right is the constitutional command to specially protect minors. In this sense, this command can be contrary to the minors' exercise of fundamental rights. But, because this command is an external limit, it shall not legitimate any kind of restriction to the minors' exercise of fundamental rights. On the contrary, the protective measure derived from the aforementioned command shall in any case comply with the proportionality principle.

4. The **best interest of the child principle** is incorporated in our constitutional system by means of art. 10.2 SC, as a constitutional interpretation key; and by means of art. 39.4 SC, integrating in the content of the guiding principle. Furthermore, its recognition in the Charter of Fundamental Rights of the

European Union, provides it with the supremacy attributed to the European Union law.

Because of its material integration into the guiding principle of art. 39.4 SC, the best interest of the child principle becomes a parameter of constitutionality, as well as a guide for legislation, judicial practice and actions by the public authorities (art. 53.3 SC).

To better understand the way in which the best interest of the child guides the public authorities' actions, the principle must be divided into its two dimensions: the specific and the abstract.

The specific dimension, bound to its nature as an indeterminate legal concept, is a matter of fact, of mere legality. It consists in identifying the best for the minor in every particular situation. Judicial or administrative bodies make that decision by means of appropriate value judgments and the assistance of specialized and multidisciplinary teams.

The abstract dimension considers the best interest of the child as a legal principle, and takes into account the interpretative effects derived from it. Since the principle has constitutional power (art. 39 and 10.2 SC), its interpretative effects have a constitutional dimension. Furthermore, it has a *sui generis* nature, because *a priori* it prevails over other principles and interests.

The Constitutional Court contributes to the distinction between the aforementioned two dimensions. On the one hand, the Court reiterates its duty not to control the concept's specific dimension as a matter of mere legality. On the other hand, the Court defends its power to control, if the principle has been duly considered in the equipoise process between different interests, and if that has been conveniently reflected in the motivation of the decision. The Court considers **the prevalence of the best interest of the child as a foundation necessary in the motivation** of the decisions related to minors. Such explicit prevalence is integrated in the right to obtain a motivated judicial decision (art. 24.1 SC).

5. The prevalence of the best interest of the child principle shows in the frame of the proportionality canon applied in the resolution of conflicts affecting minors.

It consists of turning the protection of the minor's rights into the **only constitutional legitimate goal** of the measures being scrutinized. Thus, the measures aimed at the solution of a conflict, where the minor's rights are at stake, are illegitimate if they do not pursue the protection of the minor. In case the measures aim at the protection of the minor, they shall be considered legitimate if they are also adequate, necessary and proportional (in a strict sense). Therefore, the "prevalence without exclusion" of the best interest of the child translates into an "advantage" for the minor's rights in the equipoise process. Their protection becomes automatically the constitutional aim (not only the legitimate aim) of the restrictive measure of the rights confronted. Nevertheless, although automatic, this advantage is not absolute. It is an initial advantage, but not an automatic victory, because the best interest of the child is not exclusive, but prevalent. Whether or not the measures are aimed at safeguarding the rights of minors, if they are restrictive, they must be proportionate.

Sensu contrario, the principle prevents the protection of any other interest from being used as a constitutionally legitimate way of restricting a minor's rights. That is possible precisely because the best interest of the child shall guide the resolution of any conflict involving a minor's rights; especially parental-filial conflicts and those affecting helpless minors. The prevalence of the best interest of the child translates into the proceedings, because both substantive elements (argumentation of the parties) and formal elements (procedural requirements) are subject to a finalist interpretation that protects the best interests of the child. This feature provides procedures with a special flexibility.

From the interpretative perspective of the equality judgment, the legally relevant differences between minors and other collectives, or between minors themselves, may only justify a different legal treatment when it is aimed to offer minors the special protection they deserve. Furthermore, such a different legal treatment must be concordant with the equality judgment.

Another interpretative effect of the best interest of the child principle is the possibility of expansively modulating the content of the minor's fundamental rights. This possibility entails that some facts may be considered that harm a minor's rights, but not the rights of an adult. Nevertheless, this interpretative

dilatation of the content of fundamental rights does not include the creation of new rights. In other words: the best interest of the child moves within the margins of what is legally possible. This limit, though, is mitigated by the obligation imposed upon the legislature to integrate the principle in the statutes. Thus, what is most convenient for the minor in each case is supposed to be, at the same time, legally possible.

Finally, the best interest of the child requires taking into account the minor's opinion.

6. In our legal system, minors hold the right to public protection. This right derives from the statutory development of the constitutional command contained in art. 39 SC, as well as from international treaties ratified by Spain. By virtue of the constitutional normalization suggested, any minor in the Spanish territory is entitled to that right regardless of his or her nationality or migratory status. This conclusion derives from international requirements, including the European protection standard, being built by the ECtHR, according to which any migrant minor is equally entitled to enjoy any kind of rights, such as social rights and public benefits. The limit - always implicit when it is about social rights - of what is "financially possible" is confronted again with the counter-limit of equality and non-discrimination, which restrict the discretion of the legislature to define the content of the guiding principle of art. 39 SC.

Consequently, any treatment difference in the public system of the protection of minors shall be compliant with the equality principle. And, as said before, such compliance is only attained if the aim of the treatment difference is to offer a special protection to minors and is proportional.

The status of the unaccompanied minor entails legally significant differences, which enable specific protection measures. In this sense, **vulnerability** can serve as a good indicator of the legal relevance of differences.

According to the proposal contained in this thesis, the vulnerability of constitutional relevance takes place when it implies the impossibility, or an aggravated difficulty, of exercising fundamental rights, generating dependence

bonds for the exercise and protection of such rights, and a greater susceptibility to discrimination or violation of fundamental rights.

In the case of unaccompanied minors, the interaction of several vulnerability factors - age, family absence and immigrant condition- generates an exceptional and unique vulnerability effect, being an example of what I have named “aggravated” or “multiple” vulnerability. The lack of a full capacity to act in terms of fundamental rights, along with emotional instability during adolescence, the lack of family support, poverty, linguistic and social and cultural differences, and precarious residence, set serious hurdles to the exercise of basic rights and to integration elements, such as education and access to the labor market, especially in a crisis context. These hurdles can push minors to exercise illegal methods of survival (drug dealing, illegal sell of falsified products, etc.), which can marginalize them. This circumstance, and the social projection of the collective image associated to it, feeds back vulnerability because of the powerful inhibitor effect that ostracism and marginality exert on the exercise of fundamental rights.

In addition to its function as a foundation of the specific protection measures, vulnerability orientates their sense. For instance, given the vulnerability associated with the right to work (or professional internship) of unaccompanied minors and teenagers formerly under the guardianship of the public authorities, the Administration must provide them a residence and work permit. Given their vulnerability in relation to the right to a due process, associated with their condition as migrants (age determination, documentation, repatriation), they must be given free legal assistance.

The vulnerability of this collective makes it worthy of an enhanced judicial protection standard. The European Court crystallizes this standard in the requirement of stricter constitutional control of restrictions imposed on the fundamental rights of vulnerable people, as well as the treatment differences applied to them. According to that standard, the Court also intensifies the doctrine of the positive obligations of the State, when they are applied to vulnerable people, which, in the judicial courts, translate into the reverse of the burden of proof.

Aggravated vulnerability of unaccompanied minors could justify a more intense judicial protection from a formal or procedural perspective, as John H. ELY and other authors have proposed. Their double exclusion of political participation (by their conditions of under age and migrants), with the lack of adult supervision and care, and the almost absolute lack of social interaction, endanger their visibility in the democratic process. Their invisibility would justify a higher suspicion level by the constitutional judge when assessing regulations negatively affecting the minors' interests. The collective's political weakness would therefore create a general vulnerability situation, since the difficulty to participate in the processes designing their legal status may revert negatively in the content of such status. That could be alleviated with a higher suspicion by the constitutional judge in the protection of the minors' interests. Regardless of the conceptual value of this theory, its practical application is, if not impossible, especially complex. Maybe that is why it has not had any repercussion in case law.

7. From the fusion of the constitutional "homologated" statuses of migrants and minors, emerge the main features of the status of unaccompanied minors. In the first place, unaccompanied minors are entitled to any fundamental rights recognized by "persons," because the condition of a migrant prevents him or her from holding any rights associated to citizenship. That is to say, unaccompanied minors are holders of all fundamental rights, except for the rights envisaged in art. 23 of the Spanish Constitution, without prejudice to the exception of art. 13.2 SC. Nevertheless, this limitation—which contains the main "contribution" of the migrant condition to the constitutional status of unaccompanied minors—has no practical transcendence because minors, migrants or not, are not allowed to legally exercise the rights of art. 23 SC.

In relation to the exercise of fundamental rights there is a tension derived from the fact that the condition of being a migrant exerts opposed legal forces on the figure of the unaccompanied minor. On the one hand, it constitutes a legal situation that differs from the situation of national citizens (for instance, entrance and residence in the territory) or, from another perspective, it

introduces new interests, such as the ordered control of migratory flows, hypothetically susceptible to legitimate restrictions on fundamental rights. But, on the other hand, its intersection with the conditions of a minor and abandonment causes a situation of aggravated vulnerability, relevant from the legal perspective in front of the material equality command, because it deserves a special protection that implies a more intense resistance to the restriction of fundamental rights and even, in some occasions, the expansion of their content. Amongst this conflict of interests, one of them stands out to offer a solution to the aforementioned contradiction: the prevalent best interest of the child. The interpretative influence of this principle was unknown in the definition of the constitutional status of unaccompanied minors, and its discovery unveils its main features. The best interest of the child grants minors a special protection, since it prevails over the protection of other constitutional goods.

The main role of this principle in the status of unaccompanied minors is to **give priority to their condition as minors, over their condition as migrants**. This priority must be respected in both the content and the application of the statutes affecting them, as well as in the judicial decisions issued in the conflicts involving unaccompanied minors. Nevertheless, it is not always like that.

8. The constitutional principle of international opening is intensely applied in the context of unaccompanied minors. Not only because the cornerstone of any contemporary statutory construction in this matter, the Convention on the Rights of the Child, is an international treaty, but also because, in addition to the general “entry paths” of supranational law in our legal system by means of the Constitution (arts. 93, 96 and 10.2), two other specific ways must be taken into account: art. 13.2 SC, in relation to the rights of migrants and art. 39.4 SC, in relation to the protection of minors. By virtue of this last article, the provisions related to this topic contained in international treaties ratified by Spain become part of the material content of the guiding principle invoking them.

Along with the supremacy of the European Community Law, and the implications of the current constitutional pluralism, which have widened the borders of the material concept of constitution, the intense constitutional

opening to the International Law in the matter of unaccompanied migrant minors makes it **necessary to integrate European and international postulates in the construction of their constitutional status.**

Such integration leads, sometimes, into contradictory results because of the tensions existing in the supranational sphere. Amongst others, one of the most important contradictions takes place between European Community Law and the International and European Law of human rights. While the International and European Law of human rights respects the prevalence of the minor's condition above the condition of the migrant, European Community Law does not always do so, although it should—not only in accordance to the Charter of Fundamental Rights of the Union but also in accordance to the limits derived from the Convention on the Rights of the Child and the case law of the ECtHR. The ECtHR and the Council of Europe generally respect the prevalence of the minor quality over the quality of migrant. Nevertheless, it is necessary that the interpretative effects of the best interest of the child principle consolidate and systematize. From the zigzag case law of the ECtHR in this topic, it can be inferred that the Court slightly modifies the interpretative influence of the principle when applied to cases of possible expulsion of unaccompanied migrant minors. In this sense, although it is increasingly difficult to remove minors from the territories where the Convention is in force, and even the scholarship considers that it is forbidden according to the Court, the ECtHR exceptionally justifies the removal of a minor on the grounds of public order or national interest. This contrasts with the application of the best interest of the child principle by the ECtHR in other spheres, such as private legal relations, where the restrictions on minors' fundamental rights are prohibited, if they are aimed at other goals different from the protection of minors. Legal certainty and, overall, the protection of minors demand the homologation of the argumentation of the European Court in relation to the best interest of the child principle.

9. The most important contradictions in the treatment of unaccompanied minors occur, though, in the frame of the European Community Law as a result of the divergent powers regulating their regime. While both the European Community

and the Member States share their powers over immigration, States assume all powers over minors. As a consequence, sometimes, Community law contradicts or surpasses the protection granted by national legal systems to minors. Additionally, the fact that the Union has power over immigration, but not over a minor's protection, complicates the statutory prevalence of the minor condition over the migrant condition, because all the regulations in this respect take place under the immigration power attribution. The defenselessness danger is aggravated by the fact that migratory policies in the Union are based upon the principles of utilitarianism and safety, which are far away from those principles inspiring minors' protection.

Community migration law and, paradigmatically, Directive 2008/115 envisage measures such as the removal, the detention before removal, and the ban to entry back the European territory, in relation to minors. These measures are pellucidly incompatible with the defended constitutional regime of unaccompanied minors, because they restrict minors' fundamental rights with an aim other than their own protection, such as the fight against irregular migration. Despite the fact that legal provisions specifically addressing the issue of unaccompanied minors tend to soften Community migration law, they do not change the underlying logic: utilitarianism and safety. However, some soft law provisions do so and replace that logic with the best interest of the child. This legal schizophrenia derives from the conservative and pragmatic perspective of the Council, opposed to the more protective perspective of the European Commission.

The protection of minors granted by the Charter (art. 24) claims the amendment of those legal provisions that apply the logic of migration to minors and forget that this collective requires otherwise. Nevertheless, until such amendment is undertaken or the Justice Court defends it so, Member States must interpret the European legislation as applied or transposed according to the fundamental rights of the Union.

In relation to the hypothetical assumption by the European Union of the powers over the protection of minors, Community law has not yet proved enough

maturity to regulate such a delicate topic. This immaturity evidences the need to strengthen the constitutional system and the fundamental rights heritage of the Union, before it assumes the power over minors' protection. Until then, the respect and promotion of the fundamental rights of minors must be fostered in the frame of other Community powers. This is not only an obligation derived from the Charter, but also one of the goals of the European Union. Thus, the protection of minors must infiltrate any community policies susceptible of affecting minors' legal sphere, and become a transverse legality parameter. This is the direction that the Union or, at least, some of its institutions seem to have taken.

10. The prevalence of the minor condition over the migrant condition does not always reflect on the territorial and organic distribution of competences in our legal system.

A clear example of the territorial distribution is to be found on the State's regulation and execution of the return procedure. Such a distribution invades the Autonomous Communities competences in the matter of minors, because the return procedure is a protection measure according to our legal system. Another example is to be found in the age determination procedure. This procedure is in between two territories, migration and minor protection, a no man's land. Nevertheless, given the presumption that any person taking the test is under age, the procedure should be regulated as a minor protection measure.

However, since both the aforementioned procedures affect the exercise of fundamental rights directly, it is essential that the State's regulation, beyond fulfilling the statutory reserve (art. 53.1 SC), also guarantees the equality basic conditions in the exercise of the fundamental rights (art. 149.1.1 SC).

There are two ways, at least, to accomplish that goal. On the one hand, the regulation could be contained in the Spanish Minors' Act, where a new chapter devoted to unaccompanied minors would be added. On the other hand, a constitutional reform could transform the "protection of minors" into a shared competence between the State and the Autonomous Communities. The State would be then in charge of the basic or framework legislation, and the

Autonomous Communities of its legislative development and execution. Although the latter is a harder option to accomplish, because of the magnitude of the reform, it would also solve the broader problem related to the disordered distribution of competences in the area of minor's protection.

In addition, contradictions also occur in the institutional level. For instance, in the Public Prosecutors' Office, the migration department is in charge of the unaccompanied minors, not the minor's department. In the same line, the General Police Department of Migration Affairs and Borders is in charge of any police action in relation with unaccompanied minors, not the GRUME (Police Group for Minors) which usually is in charge of any actions related to the collective. Another example is to be found in the Autonomous Community of Madrid, where the Migration Department is in charge of issuing the recommendation report for teenagers formerly under the guardianship (to obtain documentation), although the Instituto Madrileño is the protection entity in charge of minors.

This schizophrenic distribution of functions reveals what is the State's subconscious perception of the collective: they are firstly migrants, and only secondly minors.

11. The **constitutional transcendence of most of the problems related to minors** should not be mispriced because of the legal treatment given to the collective. The current legal system faces some of them as if they were mere legality matters, ignoring therefore the formal and material requirements derived from the Constitution.

In this respect, the regulation (or its absence at some points) of the age determination procedure is paradigmatic. The procedure seems to ignore the restriction that inflicts to several fundamental rights, such as the right to physical and moral integrity, intimacy, the right to freedom and security, and the right to effective judicial protection. Firstly, the procedure's regulation does not fulfill the statutory reserve requirement of art. 53.1 SC. The scarce and incomplete references with which both the Act and the Regulation on migration regulate the procedure leave several legal vacuums. According to the aforementioned

Regulation the vacuum should be filled with the —not yet passed— Framework Protocol for Migrant Unaccompanied Minors, a norm passed by the Administration, not by the legislature.

Secondly, the current legal system neither fulfills the constitutional material requirements. It does not respect the essential content of the fundamental rights and the proportionality criterion. These translate into a range of conditions such as the need to obtain the informed consent of the minor or, alternatively, a judicial decision based upon the best interest of the child; the recognition of the right to free legal assistance and the right to challenge the administrative decision determining the age; the existence of a discretion margin to assess the need and proportionality of the procedure in each particular case; the inclusion of the scientific criteria used to reduce the error margin in the tests taken to determine the age, etc. The act envisaging the procedure in the future (either the Minor's Act or a hypothetical basic or framework act) should fulfill all these requirements.

12. Our legal system regulates the **return as a measure to protect minors**, executed in their best interest. Therefore, any return shall be considered an undercover deportation if it is not executed in the best interest of the child. As a consequence, the return procedure must be furnished with as many guarantees as possible to assure that the measure is only adopted when it is the best for the child.

First of these guarantees is the motivation of the administrative or judicial return order, which must be based upon the best interest of the child. This guarantee determines that the whole procedure, both procedural matters and the arguments of the parties, must be oriented to find out what is best for the child. That awards the procedure a special flexibility.

Some constitutional and conventional rights help to unravel what is the best interest of the child. Thus, the right to life or the right to physical and moral integrity, are a clear departure point, a red line that may not be crossed. Minors may not be returned whenever these rights are at risk.

The right of the minor to be heard is also an invaluable instrument in this context. By means of the hearing, information may be obtained to determine whether the return is advisable in regard not only to the opportunity of the return according to familiar, social and economic circumstances of the minor in his country; but also in regard to the efficiency of the return order, taking into account the probability of migratory reoccurrence that may be deducted from the minor's deposition.

The legislation should grant the right of the minor to free legal assistance in the frame of the administrative return procedure, because in that frame the legal assistance is inherent to the right to a hearing. The lack of an explicit recognition of that right implies a clear disadvantageous treatment in compare to migrant adults, who are entitled to free legal assistance in any return procedure.

Determining what is most suitable for the minor in each particular case requires to balance fundamental and conventional rights, specially the right to respect for private and family life; the right to live in the country of origin (a right that scholars consider to be implicit in the Convention on the Rights of the Child); and economic, social and cultural rights, to which minors are entitled in Spain as if they were Spanish citizens.

The right to respect for family life can not be construed automatically. Its construction should tend to the right to family reunification, and include the assessment of each case individually, as well as the due balance with the rest of rights involved. Additionally, it should be taken into account that the separation from the family was voluntarily decided by the holder of the right, and that the powers of the State to solve family problems and to integrate the child back in the family are strongly restricted, because the State has no jurisdiction over them. Nevertheless, family is essential to determine what the best interest of the child is. Thus, under the formal flexibility granted by the best interest of the child principle in the frame of the procedure, any mechanisms that allow the family to be taken into account in the decision procedure (by means of the consulate or international organizations), should be welcomed.

The aforementioned guarantees, some of which are already envisaged by the legislation, make the return procedure so difficult to execute, that currently it is barely executed.

13. Uncertainty is a permanent feature in the life of unaccompanied minors. The threat of forced return that hangs over their heads constantly, as a sword of Damocles, converges fatefully with an uncertain and unclear regulation of the administrative regularization procedure, especially in relation to the transition to the age of majority. Furthermore, the Administration infringes the principle of legality systematically applying the law with delays, without uniformity and with ruses to avoid the permanence in the country of children formerly under the guardianship of the public authorities. As a result, minors find themselves in a very precarious residence situation, which is incompatible with a realistic future projection. That operates as a disincentive for their integration and the effective exercise of their rights. Uncertainty acts as a powerful inhibitor to the exercise of fundamental rights, which puts minors in a generalized situation of vulnerability. *Ex arts. 9.2 and 39.4 SC*, the Social State must establish measures oriented to the full enjoyment of rights by the minors. In this case, the factor obstructing such enjoyment is identified perfectly: legal uncertainty. Therefore, the State's aim is clear: **to grant certainty**.

Although in recent years, especially because of the entry into force of the Regulation on Migration of 2011, both its regulation and execution have improved significantly in terms of legal certainty and respect to legality; there are still many things to be done.

Firstly, a term to initiate forced repatriation procedures must be established, after which any repatriation may not be conducted unless it is accepted by the child.

Secondly, the Administration must fulfill the obligation to issue identification documents to unaccompanied minors, and do it in the prescribed term.

Thirdly, if no documents have been issued and a child attains majority, the new full age person should not be charged with the burden of a more difficult and uncertain regularization procedure (as it happens now), derived from the

Administration's failure to fulfill its duties. On the contrary, the Administration must palliate the vulnerability situation it created, and issue a new temporary residence permit for these young people as if it were a renewal of a former permit. The current regulation does not only penalize the young migrant for the Administrative negligence; it is also discriminative because this is a more vulnerable collective in compare to the *tertium comparationis* (young people formerly under the guardianship of the public authorities who hold the documentation).

Fourthly, the positive report issued by the protection entity that is needed to obtain the documents required by the young migrants formerly under the guardianship of public authorities must adjust to clear, certain and public criteria. Thus, the petitioner would know beforehand which requirements must be fulfilled to avoid administrative irregularities once he or she attains the majority. Currently, the requirements to obtain the report remain a mystery.

And last, upon attainment of the legal age to work, they must be given a residence and work permit that alleviates the difficulties faced to enter the job market, both during their minority and during the transition period to majority.

14. The main difference between an unaccompanied minor and a national minor lies in the absence of his or her natural representatives: his or her parents, or guardians. This circumstance increases exponentially their vulnerability, in compare to national minors. That poses the question of who should act as a representative of the minors. The problem has a constitutional dimension since an effective and independent representative may be an essential requirement for the full enjoyment of fundamental rights.

This is a highly controversial topic: all alternative solutions give rise to suspicion. Our Civil Code grants the guardianship and representation of abandoned children to the protection entity of the Autonomous Community; this is to say, the public Administration. The problem is that, what is envisaged as a temporary and subsidiary solution, becomes a definitive solution in the case of unaccompanied minors, because of their few possibilities of being adopted and the difficulties to reinsert them with their families. The probabilities that this

option generates frictions between the minors' and the Administration's interests, also generate distrust towards it.

The Act on Migration includes the possibility of attributing the guardianship over the minor to private associations or entities. Such a possibility also arouses suspicion. The guardianship could be assumed with lucrative aims and the private entities or associations could pursue other goals different to the protection of the minors.

Maybe the most advisable solution is to foster ordinary guardianship by individuals or families, especially in the case of extended family, friends or people that belong to the social and cultural context of the minor. Only subsidiarily, the Administration would assume the representation and guardianship. However, this option should be accompanied by guaranties. For instance, a previous temporary placement of the child in a foster family would allow verifying if the measure is appropriate. And, overall, a strict selection and supervision procedure to choose the guardians should be undertaken.

A necessary complement to the independent and effective representation, which should be guaranteed by the legislation, consists of the specialized advice granted by the right to free legal assistance. In the course of the administrative and judicial procedures involving unaccompanied migrant minors, this right is consubstantial to the right to a hearing. The right to free legal assistance derives should be granted, not only because of the aforementioned conflicts of interests that can easily arise with the Administration, but also because of several other circumstances: the aggravated vulnerability situation in which the minor fights such tensions (minority, language, etc.); the legal complexity of the procedures; its relevance (so important in the minors' life); and the negative effects that they can have in regards of the minors' fundamental rights. The intervention of the Public Prosecutor as a legal guarantor of the best interest of the minor, although necessary, cannot substitute the individualization, exclusiveness and accessibility of the legal assistance.

ANEXO II: SUMMARY OF THE DOCTORAL THESIS.

Introduction and aims.

This dissertation aims to contribute to the definition of the constitutional status of the unaccompanied migrant minors. We consider that the fulfillment of this aim is necessary in order to face the problems that the legal treatment of the group raises, given the constitutional nature of some of these problems.

The lack of clear constitutional guarantees regarding the legal treatment of unaccompanied minors, leads to inconsistencies, contradictions, loopholes, and violations of their fundamental rights. In this sense, the protection of the group falters when the constitutional essence of the problems affecting them is ignored, or when, under the legal regime applicable to them, the condition of migrant prevails over the condition of child or adolescent. In other words, the due constitutional protection of the migrant minor fails when the aim of the management of the migration flows, or the fight against illegal migration, prevails over the attainment of the best interest of the child.

The construction of the constitutional status of the unaccompanied minor implies the previous definition of the statute of the migrant, as well as the statute of the child. Both definitions remain pending in Constitutional Law. The confused and unclear parameters that determine their constitutional treatment often constitute exceptions to the constitutional logic and sensitivity, challenging the consistency of the Social State and the rule of law. In addition, when both constitutional statuses converge, the legal uncertainty that each one of them carries increases exponentially, affecting to the legal regime applicable to unaccompanied minors. This fact intensifies the immanent vulnerability of that collective.

The legal uncertainty surrounding both statuses (migrant and minor) lies in the fact that the legal, academic and case-law definition of the conditions of entitlement and exercise of fundamental rights by these groups are in full process of screening and construction. The constitutional logic, based on the principles of proportionality and equality as criteria for the restriction of fundamental rights, is systematically

ignored when referring to those statuses. Besides that, the real meaning of the hackneyed “best interest of the child” remains a mystery.

This dissertation defends a theory for the normalization or homologation of the constitutional statuses of minors, migrant, and unaccompanied migrants. The theory is inferred from an interpretation of the constitutional norms applicable to those groups, understanding the notion “constitutional” in a broad and substantial way, that is, having into account international and European (both from the European Union and from the Council of Europe) standards, as long as they’re integrated in the constitutional order by the very same *Carta Magna*. The specific interpretation proposed, although is not fully consolidated, is, according to us, the most consistent with the constitutional values.

The constitutional homologation of these statuses does not preclude the establishment of additional restrictions on the exercise of fundamental rights, it just submit them to the generally applied exams of constitutional legitimacy (proportionality and equality), integrating in the analysis the interpretative effect of the best interest of the child in the framework of those exams. In this sense, this dissertation, more than suggesting specific solutions to the existing problems, attempts to propose a method for their resolution, as well as the minimum criteria that must be respected in this resolution. Notwithstanding, the thesis also rehearses specific solutions for the main problems.

The constitutional normalization of the status of the unaccompanied minors proposed, which constitutes the first part of this thesis, serves, then, as theoretical background to land in the legislation in force with enough perspective, and to analyze the specific problems that the legal treatment of the collective raises. These problems include, not only those of substantive nature, but also the complex and confusing territorial distribution of power over the matters concurring in the legal treatment of the unaccompanied minors. This critical analysis, followed by the proposal of solutions based on the method suggested, constitute the second part of the thesis.

The topic has, then, a cross-sectional dimension, involving fundamental rights and constitutional protection of vulnerability, International Law, European Union and Counsel of Europe Law, and internal legislation, including the territorial

distribution of power on the matter; all of them relating to migrants, minors, and unaccompanied minors. As a consequence, the dissertation has a double impact; a direct one, on the collective of the unaccompanied minors, and an indirect one, by its attempt of providing consistency and certainty to the constitutional treatment of migrants and minors.

The relevance of the subject also comes from the fact that the legal problems that it raises touch the very same core of the Social and Democratic State of Law. The conflict that lies out, between the sacrosanct protection of children and adolescents, by one side, and the fragile and suspicious sovereignty of the State to decide who enter and resides in its territory, by the other side, is one of the thorniest dilemmas that Constitutional Law can face.

Conclusions

1. The construction of the **constitutional status of unaccompanied migrant minors** is one of the challenges faced by the current Constitutional Law. Not only because it represents the indispensable theoretical knowledge necessary in solving the legal problems associated with this collective, but also because its construction would pay off a double debt pending in the discipline: the definition of both the statuses of migrants and minors.

The status of unaccompanied minors must be constructed upon the foundation of constitutional equality. This is the most appropriate interpretation, from the perspective of the *Magna Carta*, of the articles sustaining the minors' and migrants' statutes, because it is the result of extending constitutional values and principles to them.

The process of constitutional normalization of the status of migrants, both minors and adults, must be undertaken irrespective of socioeconomic contingencies, since immigration —although it has decreased in the last few years as a result of the economic crisis— has proved to be one of the immanent features of globalization, intrinsic to its nature. The reality of immigration has prevailed and has imposed itself bluntly, without referendums or the intervention of the legislature, and has transformed the nature of one of the constitutive elements of the State, the Nation,

which is, again, the “people”. People, as HABERMAS defends¹⁰⁶³, are not necessarily bound by religious, cultural or historic homogeneity, but by the peaceful acceptance of diversity and submission to rules of cohabitation. The constitutional structure should adapt itself to this medullar transformation of the State and, far from short-term and unreflective remedies, structural solutions, such as constitutional normalization, are required. At the same time, constitutional normalization prevents that the adaptation to the new reality causes a sacrifice of dignity’s protection standards reached in the West. It also extends constitutional freedom and equality to subjects who have, until now, been partially excluded from the constitutional norm, thus maintaining this historical conquest as an identity sign of our societies.

2. The **constitutional homologation of the migrant’s status** deals with the limit derived from the existence, reflected in the Constitution, of two centres of attribution of fundamental rights, “citizen” and “person.” On this basis, the equalization process requires the exhaustion of all equality spaces not banned by the Constitution, reducing as much as possible the rights attributed to the citizen and saving the rest for the person. Consequently, the former would exclusively refer to the political rights encompassed in art. 23 of the Spanish Constitution (SC), since they are the only ones from which migrants are constitutionally banned. *Sensu contrario*, the remaining constitutional rights belong to the person. As a result, the conditions set upon the second group of rights, including the conditions relating to the foreigner or migrant statuses, should be subject to the proportionality and equality canons.

From a formal perspective, the conditions associated to the exercise of migrants’ fundamental rights shall be stated in a statute (by virtue of the requirement contained in art. 53.1 SC) or, and this possibility is specific for migrants by virtue of art. 13.1 SC, in an international treaty. This exception to the generic statutory reserve would become, according to the constitutional mutation proposed, the main contribution of this article, thus avoiding its superfluity. As a result, the construction of both sections of article 13 SC, fully concordant to its literality, would be as follows: in Spain, migrants are entitled to the rights included in Title I of the

¹⁰⁶³

HABERMAS, J: *Facticidad y validez*, cit., pp. 619-643.

Constitution (except for art. 23) and shall exercise them according to the statutes and the treaties, which shall always respect the proportionality and equality tests when regulating them.

Implicitly, this interpretation acknowledges that migrants also enjoy the right to equality and non-discrimination, except in relation to art. 23 SC. The Spanish Constitutional Court has insinuated this interpretation but has never recognized it openly, since it would contradict its tripartite theory of migrants' fundamental rights. Nevertheless, an internationally consistent interpretation of article 14 SC — including the ECtHR case-law on article 14 of the Convention and article 1 of Protocol 12, and also article 26 of the ICESCR and the interpretation rendered by the Human Rights Committee—, that recognizes the legal equality of the person as such without excluding migrants, would legitimate the power of this thesis, a thesis that obviously does not proscribe any differences of treatment based upon nationality or migratory status, but only disproportional differences.

3. The **constitutional homologation of minors' status** implies, in the first place, the acceptance that minors are entitled to each and every fundamental right, notwithstanding that to exercise political rights it is necessary to be of legal age. In the second place, it implies acknowledging the progressivity of their capacity to exercise fundamental rights, dependent on their maturation process.

The lack of sufficient capacity to act is the first category of limits -the intrinsic- faced by minors in the exercise of fundamental rights. In certain cases, such a limit may be avoided by means of a representative. The second category of limits -the external or extrinsic- originates in the equipoise process between the minors' rights and other protected constitutional goods, which requires any restrictive measures to comply with the proportionality canon. Nevertheless, as a consequence of the best interest of the child principle, the only constitutional good the protection of which may legitimate a restriction of a minor's fundamental right is the constitutional command to specially protect minors. In this sense, this command can be contrary to the minors' exercise of fundamental rights. But, because this command is an external limit, it shall not legitimate any kind of restriction to the minors' exercise of fundamental rights. On the contrary, the protective measure derived from the

aforementioned command shall in any case comply with the proportionality principle.

4. The **best interest of the child principle** is incorporated in our constitutional system by means of art. 10.2 SC, as a constitutional interpretation key; and by means of art. 39.4 SC, integrating in the content of the guiding principle. Furthermore, its recognition in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, provides it with the supremacy attributed to the European Union law. Because of its material integration into the guiding principle of art. 39.4 SC, the best interest of the child principle becomes a parameter of constitutionality, as well as a guide for legislation, judicial practice and actions by the public authorities (art. 53.3 SC).

To better understand the way in which the best interest of the child guides the public authorities' actions, the principle must be divided into its two dimensions: the specific and the abstract.

The specific dimension, bound to its nature as an indeterminate legal concept, is a matter of fact, of mere legality. It consists in identifying the best for the minor in every particular situation. Judicial or administrative bodies make that decision by means of appropriate value judgments and the assistance of specialized and multidisciplinary teams.

The abstract dimension considers the best interest of the child as a legal principle, and takes into account the interpretative effects derived from it. Since the principle has constitutional power (art. 39 and 10.2 SC), its interpretative effects have a constitutional dimension. Furthermore, it has a *sui generis* nature, because *a priori* it prevails over other principles and interests.

The Constitutional Court contributes to the distinction between the aforementioned two dimensions. On the one hand, the Court reiterates its duty not to control the concept's specific dimension as a matter of mere legality. On the other hand, the Court defends its power to control, if the principle has been duly considered in the equipoise process between different interests, and if that has been conveniently reflected in the motivation of the decision. The Court considers **the prevalence of the best interest of the child as a foundation necessary in the motivation of**

the decisions related to minors. Such explicit prevalence is integrated in the right to obtain a motivated judicial decision (art. 24.1 SC).

5. The prevalence of the best interest of the child principle shows in the frame of the proportionality canon applied in the resolution of conflicts affecting minors. It consists of turning the protection of the minor's rights into the **only constitutional legitimate goal** of the measures being scrutinized. Thus, the measures aimed at the solution of a conflict, where the minor's rights are at stake, are illegitimate if they do not pursue the protection of the minor. In case the measures aim at the protection of the minor, they shall be considered legitimate if they are also adequate, necessary and proportional (in a strict sense).

Therefore, the "prevalence without exclusion" of the best interest of the child translates into an "advantage" for the minor's rights in the equipoise process. Their protection becomes automatically the constitutional aim (not only the legitimate aim) of the restrictive measure of the rights confronted. Nevertheless, although automatic, this advantage is not absolute. It is an initial advantage, but not an automatic victory, because the best interest of the child is not exclusive, but prevalent. Whether or not the measures are aimed at safeguarding the rights of minors, if they are restrictive, they must be proportionate.

Sensu contrario, the principle prevents the protection of any other interest from being used as a constitutionally legitimate way of restricting a minor's rights. That is possible precisely because the best interest of the child shall guide the resolution of any conflict involving a minor's rights; especially parental-filial conflicts and those affecting helpless minors. The prevalence of the best interest of the child translates into the proceedings, because both substantive elements (argumentation of the parties) and formal elements (procedural requirements) are subject to a finalist interpretation that protects the best interests of the child. This feature provides procedures with a special flexibility.

From the interpretative perspective of the equality judgment, the legally relevant differences between minors and other collectives, or between minors themselves, may only justify a different legal treatment when it is aimed to offer minors the

special protection they deserve. Furthermore, such a different legal treatment must be concordant with the equality judgment.

Another interpretative effect of the best interest of the child principle is the possibility of expansively modulating the content of the minor's fundamental rights. This possibility entails that some facts may be considered that harm a minor's rights, but not the rights of an adult. Nevertheless, this interpretative dilatation of the content of fundamental rights does not include the creation of new rights. In other words: the best interest of the child moves within the margins of what is legally possible. This limit, though, is mitigated by the obligation imposed upon the legislature to integrate the principle in the statutes. Thus, what is most convenient for the minor in each case is supposed to be, at the same time, legally possible.

Finally, the best interest of the child requires taking into account the minor's opinion.

6. In our legal system, minors hold the right to public protection. This right derives from the statutory development of the constitutional command contained in art. 39 SC, as well as from international treaties ratified by Spain. By virtue of the constitutional normalization suggested, any minor in the Spanish territory is entitled to that right regardless of his or her nationality or migratory status. This conclusion derives from international requirements, including the European protection standard, being built by the ECtHR, according to which any migrant minor is equally entitled to enjoy any kind of rights, such as social rights and public benefits. The limit - always implicit when it is about social rights - of what is "financially possible" is confronted again with the counter-limit of equality and non-discrimination, which restrict the discretion of the legislature to define the content of the guiding principle of art. 39 SC.

Consequently, any treatment difference in the public system of the protection of minors shall be compliant with the equality principle. And, as said before, such compliance is only attained if the aim of the treatment difference is to offer a special protection to minors and is proportional.

The status of the unaccompanied minor entails legally significant differences, which enable specific protection measures. In this sense, **vulnerability** can serve as a good indicator of the legal relevance of differences.

According to the proposal contained in this thesis, the vulnerability of constitutional relevance takes place when it implies the impossibility, or an aggravated difficulty, of exercising fundamental rights, generating dependence bonds for the exercise and protection of such rights, and a greater susceptibility to discrimination or violation of fundamental rights.

In the case of unaccompanied minors, the interaction of several vulnerability factors - age, family absence and immigrant condition- generates an exceptional and unique vulnerability effect, being an example of what I have named “aggravated” or “multiple” vulnerability. The lack of a full capacity to act in terms of fundamental rights, along with emotional instability during adolescence, the lack of family support, poverty, linguistic and social and cultural differences, and precarious residence, set serious hurdles to the exercise of basic rights and to integration elements, such as education and access to the labor market, especially in a crisis context. These hurdles can push minors to exercise illegal methods of survival (drug dealing, illegal sell of falsified products, etc.), which can marginalize them. This circumstance, and the social projection of the collective image associated to it, feeds back vulnerability because of the powerful inhibitor effect that ostracism and marginality exert on the exercise of fundamental rights.

In addition to its function as a foundation of the specific protection measures, vulnerability orientates their sense. For instance, given the vulnerability associated with the right to work (or professional internship) of unaccompanied minors and teenagers formerly under the guardianship of the public authorities, the Administration must provide them a residence and work permit. Given their vulnerability in relation to the right to a due process, associated with their condition as migrants (age determination, documentation, repatriation), they must be given free legal assistance.

The vulnerability of this collective makes it worthy of an enhanced judicial protection standard. The European Court crystallizes this standard in the requirement of stricter constitutional control of restrictions imposed on the

fundamental rights of vulnerable people, as well as the treatment differences applied to them. According to that standard, the Court also intensifies the doctrine of the positive obligations of the State, when they are applied to vulnerable people, which, in the judicial courts, translate into the reverse of the burden of proof.

Aggravated vulnerability of unaccompanied minors could justify a more intense judicial protection from a formal or procedural perspective, as John H. ELY and other authors have proposed. Their double exclusion of political participation (by their conditions of under age and migrants), with the lack of adult supervision and care, and the almost absolute lack of social interaction, endanger their visibility in the democratic process. Their invisibility would justify a higher suspicion level by the constitutional judge when assessing regulations negatively affecting the minors' interests. The collective's political weakness would therefore create a general vulnerability situation, since the difficulty to participate in the processes designing their legal status may revert negatively in the content of such status. That could be alleviated with a higher suspicion by the constitutional judge in the protection of the minors' interests. Regardless of the conceptual value of this theory, its practical application is, if not impossible, especially complex. Maybe that is why it has not had any repercussion in case law.

7. From the fusion of the constitutional "homologated" statuses of migrants and minors, emerge the main features of the status of unaccompanied minors. In the first place, unaccompanied minors are entitled to any fundamental rights recognized by "persons," because the condition of a migrant prevents him or her from holding any rights associated to citizenship. That is to say, unaccompanied minors are holders of all fundamental rights, except for the rights envisaged in art. 23 of the Spanish Constitution, without prejudice to the exception of art. 13.2 SC. Nevertheless, this limitation—which contains the main "contribution" of the migrant condition to the constitutional status of unaccompanied minors—has no practical transcendence because minors, migrants or not, are not allowed to legally exercise the rights of art. 23 SC.

In relation to the exercise of fundamental rights there is a tension derived from the fact that the condition of being a migrant exerts opposed legal forces on the figure

of the unaccompanied minor. On the one hand, it constitutes a legal situation that differs from the situation of national citizens (for instance, entrance and residence in the territory) or, from another perspective, it introduces new interests, such as the ordered control of migratory flows, hypothetically susceptible to legitimate restrictions on fundamental rights. But, on the other hand, its intersection with the conditions of a minor and abandonment causes a situation of aggravated vulnerability, relevant from the legal perspective in front of the material equality command, because it deserves a special protection that implies a more intense resistance to the restriction of fundamental rights and even, in some occasions, the expansion of their content. Amongst this conflict of interests, one of them stands out to offer a solution to the aforementioned contradiction: the prevalent best interest of the child. The interpretative influence of this principle was unknown in the definition of the constitutional status of unaccompanied minors, and its discovery unveils its main features. The best interest of the child grants minors a special protection, since it prevails over the protection of other constitutional goods. The main role of this principle in the status of unaccompanied minors is to **give priority to their condition as minors, over their condition as migrants**. This priority must be respected in both the content and the application of the statutes affecting them, as well as in the judicial decisions issued in the conflicts involving unaccompanied minors. Nevertheless, it is not always like that.

8. The constitutional principle of international opening is intensely applied in the context of unaccompanied minors. Not only because the cornerstone of any contemporary statutory construction in this matter, the Convention on the Rights of the Child, is an international treaty, but also because, in addition to the general “entry paths” of supranational law in our legal system by means of the Constitution (arts. 93, 96 and 10.2), two other specific ways must be taken into account: art. 13.2 SC, in relation to the rights of migrants and art. 39.4 SC, in relation to the protection of minors. By virtue of this last article, the provisions related to this topic contained in international treaties ratified by Spain become part of the material content of the guiding principle invoking them.

Along with the supremacy of the European Community Law, and the implications of the current constitutional pluralism, which have widened the borders of the material concept of constitution, the intense constitutional opening to the International Law in the matter of unaccompanied migrant minors makes it **necessary to integrate European and international postulates in the construction of their constitutional status.**

Such integration leads, sometimes, into contradictory results because of the tensions existing in the supranational sphere. Amongst others, one of the most important contradictions takes place between European Community Law and the International and European Law of human rights. While the International and European Law of human rights respects the prevalence of the minor's condition above the condition of the migrant, European Community Law does not always do so, although it should—not only in accordance to the Charter of Fundamental Rights of the Union but also in accordance to the limits derived from the Convention on the Rights of the Child and the case law of the ECtHR.

The ECtHR and the Council of Europe generally respect the prevalence of the minor quality over the quality of migrant. Nevertheless, it is necessary that the interpretative effects of the best interest of the child principle consolidate and systematize. From the zigzag case law of the ECtHR in this topic, it can be inferred that the Court slightly modifies the interpretative influence of the principle when applied to cases of possible expulsion of unaccompanied migrant minors. In this sense, although it is increasingly difficult to remove minors from the territories where the Convention is in force, and even the scholarship considers that it is forbidden according to the Court, the ECtHR exceptionally justifies the removal of a minor on the grounds of public order or national interest. This contrasts with the application of the best interest of the child principle by the ECtHR in other spheres, such as private legal relations, where the restrictions on minors' fundamental rights are prohibited, if they are aimed at other goals different from the protection of minors. Legal certainty and, overall, the protection of minors demand the homologation of the argumentation of the European Court in relation to the best interest of the child principle.

9. The most important contradictions in the treatment of unaccompanied minors occur, though, in the frame of the European Community Law as a result of the divergent powers regulating their regime. While both the European Community and the Member States share their powers over immigration, States assume all powers over minors. As a consequence, sometimes, Community law contradicts or surpasses the protection granted by national legal systems to minors. Additionally, the fact that the Union has power over immigration, but not over a minor's protection, complicates the statutory prevalence of the minor condition over the migrant condition, because all the regulations in this respect take place under the immigration power attribution. The defenselessness danger is aggravated by the fact that migratory policies in the Union are based upon the principles of utilitarianism and safety, which are far away from those principles inspiring minors' protection.

European migration law and, paradigmatically, Directive 2008/115 envisage measures such as the removal, the detention before removal, and the ban to entry back the European territory, in relation to minors. These measures are pellucidly incompatible with the defended constitutional regime of unaccompanied minors, because they restrict minors' fundamental rights with an aim other than their own protection, such as the fight against irregular migration.

Despite the fact that legal provisions specifically addressing the issue of unaccompanied minors tend to soften Community migration law, they do not change the underlying logic: utilitarianism and safety. However, some soft law provisions do so and replace that logic with the best interest of the child. This legal schizophrenia derives from the conservative and pragmatic perspective of the Council, opposed to the more protective perspective of the European Commission. The protection of minors granted by the Charter (art. 24) claims the amendment of those legal provisions that apply the logic of migration to minors and forget that this collective requires otherwise. Nevertheless, until such amendment is undertaken or the Justice Court defends it so, Member States must interpret the European legislation as applied or transposed according to the fundamental rights of the Union.

In relation to the hypothetical assumption by the European Union of the powers over the protection of minors, Community law has not yet proved enough maturity

to regulate such a delicate topic. This immaturity evidences the need to strengthen the constitutional system and the fundamental rights heritage of the Union, before it assumes the power over minors' protection. Until then, the respect and promotion of the fundamental rights of minors must be fostered in the frame of other Community powers. This is not only an obligation derived from the Charter, but also one of the goals of the European Union. Thus, the protection of minors must infiltrate any community policies susceptible of affecting minors' legal sphere, and become a transverse legality parameter. This is the direction that the Union or, at least, some of its institutions seem to have taken.

10. The prevalence of the minor condition over the migrant condition does not always reflect on the territorial and organic distribution of competences in our legal system.

A clear example of the territorial distribution is to be found on the State's regulation and execution of the return procedure. Such a distribution invades the Autonomous Communities competences in the matter of minors, because the return procedure is a protection measure according to our legal system. Another example is to be found in the age determination procedure. This procedure is in between two territories, migration and minor protection, a no man's land. Nevertheless, given the presumption that any person taking the test is under age, the procedure should be regulated as a minor protection measure.

However, since both the aforementioned procedures affect the exercise of fundamental rights directly, it is essential that the State's regulation, beyond fulfilling the statutory reserve (art. 53.1 SC), also guarantees the equality basic conditions in the exercise of the fundamental rights (art. 149.1.1 SC).

There are two ways, at least, to accomplish that goal. On the one hand, the regulation could be contained in the Spanish Minors' Act, where a new chapter devoted to unaccompanied minors would be added. On the other hand, a constitutional reform could transform the "protection of minors" into a shared competence between the State and the Autonomous Communities. The State would be then in charge of the basic or framework legislation, and the Autonomous Communities of its legislative development and execution. Although the latter is a

harder option to accomplish, because of the magnitude of the reform, it would also solve the broader problem related to the disordered distribution of competences in the area of minor's protection.

In addition, contradictions also occur in the institutional level. For instance, in the Public Prosecutors' Office, the migration department is in charge of the unaccompanied minors, not the minor's department. In the same line, the General Police Department of Migration Affairs and Borders is in charge of any police action in relation with unaccompanied minors, not the GRUME (Police Group for Minors) which usually is in charge of any actions related to the collective. Another example is to be found in the Autonomous Community of Madrid, where the Migration Department is in charge of issuing the recommendation report for teenagers formerly under the guardianship (to obtain documentation), although the Instituto Madrileño is the protection entity in charge of minors.

This schizophrenic distribution of functions reveals what is the State's subconscious perception of the collective: they are firstly migrants, and only secondly minors.

11. The **constitutional transcendence of most of the problems related to minors** should not be mispriced because of the legal treatment given to the collective. The current legal system faces some of them as if they were mere legality matters, ignoring therefore the formal and material requirements derived from the Constitution.

In this respect, the regulation (or its absence at some points) of the age determination procedure is paradigmatic. The procedure seems to ignore the restriction that inflicts to several fundamental rights, such as the right to physical and moral integrity, intimacy, the right to freedom and security, and the right to effective judicial protection. Firstly, the procedure's regulation does not fulfill the statutory reserve requirement of art. 53.1 SC. The scarce and incomplete references with which both the Act and the Regulation on migration regulate the procedure leave several legal vacuums. According to the aforementioned Regulation the vacuum should be filled with the —not yet passed— Framework Protocol for Migrant Unaccompanied Minors, a norm passed by the Administration, not by the legislature.

Secondly, the current legal system neither fulfills the constitutional material requirements. It does not respect the essential content of the fundamental rights and the proportionality criterion. These translate into a range of conditions such as the need to obtain the informed consent of the minor or, alternatively, a judicial decision based upon the best interest of the child; the recognition of the right to free legal assistance and the right to challenge the administrative decision determining the age; the existence of a discretion margin to assess the need and proportionality of the procedure in each particular case; the inclusion of the scientific criteria used to reduce the error margin in the tests taken to determine the age, etc. The act envisaging the procedure in the future (either the Minor's Act or a hypothetical basic or framework act) should fulfill all these requirements.

12. Our legal system regulates the **return as a measure to protect minors**, executed in their best interest. Therefore, any return shall be considered an undercover deportation if it is not executed in the best interest of the child. As a consequence, the return procedure must be furnished with as many guarantees as possible to assure that the measure is only adopted when it is the best for the child. First of these guarantees is the motivation of the administrative or judicial return order, which must be based upon the best interest of the child. This guarantee determines that the whole procedure, both procedural matters and the arguments of the parties, must be oriented to find out what is best for the child. That awards the procedure a special flexibility.

Some constitutional and conventional rights help to unravel what is the best interest of the child. Thus, the right to life or the right to physical and moral integrity, are a clear departure point, a red line that may not be crossed. Minors may not be returned whenever these rights are at risk.

The right of the minor to be heard is also an invaluable instrument in this context. By means of the hearing, information may be obtained to determine whether the return is advisable in regard not only to the opportunity of the return according to familiar, social and economic circumstances of the minor in his country; but also in regard to the efficiency of the return order, taking into account the probability of migratory reoccurrence that may be deducted from the minor's deposition.

The legislation should grant the right of the minor to free legal assistance in the frame of the administrative return procedure, because in that frame the legal assistance is inherent to the right to a hearing. The lack of an explicit recognition of that right implies a clear disadvantageous treatment in compare to migrant adults, who are entitled to free legal assistance in any return procedure.

Determining what is most suitable for the minor in each particular case requires to balance fundamental and conventional rights, specially the right to respect for private and family life; the right to live in the country of origin (a right that scholars consider to be implicit in the Convention on the Rights of the Child); and economic, social and cultural rights, to which minors are entitled in Spain as if they were Spanish citizens.

The right to respect for family life cannot be construed automatically. Its construction should tend to the right to family reunification, and include the assessment of each case individually, as well as the due balance with the rest of rights involved. Additionally, it should be taken into account that the separation from the family was voluntarily decided by the holder of the right, and that the powers of the State to solve family problems and to integrate the child back in the family are strongly restricted, because the State has no jurisdiction over them. Nevertheless, family is essential to determine what the best interest of the child is. Thus, under the formal flexibility granted by the best interest of the child principle in the frame of the procedure, any mechanisms that allow the family to be taken into account in the decision procedure (by means of the consulate or international organizations), should be welcomed.

The aforementioned guarantees, some of which are already envisaged by the legislation, make the return procedure so difficult to execute, that currently it is barely executed.

13. Uncertainty is a permanent feature in the life of unaccompanied minors. The threat of forced return that hangs over their heads constantly, as a sword of Damocles, converges fatefully with an uncertain and unclear regulation of the administrative regularization procedure, especially in relation to the transition to the age of majority. Furthermore, the Administration infringes the principle of legality

systematically applying the law with delays, without uniformity and with ruses to avoid the permanence in the country of children formerly under the guardianship of the public authorities. As a result, minors find themselves in a very precarious residence situation, which is incompatible with a realistic future projection. That operates as a disincentive for their integration and the effective exercise of their rights. Uncertainty acts as a powerful inhibitor to the exercise of fundamental rights, which puts minors in a generalized situation of vulnerability. *Ex arts. 9.2 and 39.4 SC*, the Social State must establish measures oriented to the full enjoyment of rights by the minors. In this case, the factor obstructing such enjoyment is identified perfectly: legal uncertainty. Therefore, the State's aim is clear: **to grant certainty**.

Although in recent years, especially because of the entry into force of the Regulation on Migration of 2011, both its regulation and execution have improved significantly in terms of legal certainty and respect to legality; there are still many things to be done.

Firstly, a term to initiate forced repatriation procedures must be established, after which any repatriation may not be conducted unless it is accepted by the child.

Secondly, the Administration must fulfill the obligation to issue identification documents to unaccompanied minors, and do it in the prescribed term.

Thirdly, if no documents have been issued and a child attains majority, the new full age person should not be charged with the burden of a more difficult and uncertain regularization procedure (as it happens now), derived from the Administration's failure to fulfill its duties. On the contrary, the Administration must palliate the vulnerability situation it created, and issue a new temporary residence permit for these young people as if it were a renewal of a former permit. The current regulation does not only penalize the young migrant for the Administrative negligence; it is also discriminative because this is a more vulnerable collective in compare to the *tertium comparationis* (young people formerly under the guardianship of the public authorities who hold the documentation).

Fourthly, the positive report issued by the protection entity that is needed to obtain the documents required by the young migrants formerly under the guardianship of public authorities must adjust to clear, certain and public criteria. Thus, the petitioner would know beforehand which requirements must be fulfilled to avoid

administrative irregularities once he or she attains the majority. Currently, the requirements to obtain the report remain a mystery.

And last, upon attainment of the legal age to work, they must be given a residence and work permit that alleviates the difficulties faced to enter the job market, both during their minority and during the transition period to majority.

14. The main difference between an unaccompanied minor and a national minor lies in the absence of his or her natural representatives: his or her parents, or guardians. This circumstance increases exponentially their vulnerability, in compare to national minors. That poses the question of who should act as a representative of the minors. The problem has a constitutional dimension since an effective and independent representative may be an essential requirement for the full enjoyment of fundamental rights.

This is a highly controversial topic: all alternative solutions give rise to suspicion. Our Civil Code grants the guardianship and representation of abandoned children to the protection entity of the Autonomous Community; this is to say, the public Administration. The problem is that, what is envisaged as a temporary and subsidiary solution, becomes a definitive solution in the case of unaccompanied minors, because of their few possibilities of being adopted and the difficulties to reinsert them with their families. The probabilities that this option generates frictions between the minors' and the Administration's interests, also generate distrust towards it.

The Act on Migration includes the possibility of attributing the guardianship over the minor to private associations or entities. Such a possibility also arouses suspicion. The guardianship could be assumed with lucrative aims and the private entities or associations could pursue other goals different to the protection of the minors.

Maybe the most advisable solution is to foster ordinary guardianship by individuals or families, especially in the case of extended family, friends or people that belong to the social and cultural context of the minor. Only subsidiarily, the Administration would assume the representation and guardianship. However, this option should be accompanied by guaranties. For instance, a previous temporary placement of the

child in a foster family would allow verifying if the measure is appropriate. And, overall, a strict selection and supervision procedure to choose the guardians should be undertaken.

A necessary complement to the independent and effective representation, which should be guaranteed by the legislation, consists of the specialized advice granted by the right to free legal assistance. In the course of the administrative and judicial procedures involving unaccompanied migrant minors, this right is consubstantial to the right to a hearing. The right to free legal assistance derives should be granted, not only because of the aforementioned conflicts of interests that can easily arise with the Administration, but also because of several other circumstances: the aggravated vulnerability situation in which the minor fights such tensions (minority, language, etc.); the legal complexity of the procedures; its relevance (so important in the minors' life); and the negative effects that they can have in regards of the minors' fundamental rights. The intervention of the Public Prosecutor as a legal guarantor of the best interest of the minor, although necessary, can not substitute the individualization, exclusiveness and accessibility of the legal assistance.

Bibliography.

ACOSTA, D.: "The Good, the Bad and the Ugly in the EU Migration Law: Is the European Parliament becoming Bad and Ugly? (The adoption of the Directive 2008/15: The Returns Directive)", en *European Journal of Migration and Law*, 11 (2009), pp. 19-39.

AMORES CONRADI, M.A.: "Artículo 12", en CASAS BAAMONDE, M.E y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 222-226.

AGUIAR DE LUQUE, L.: "El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", en *Revista de Derecho Político*, nº24, 1987, pp. 11-30.

AGUILERA CABELLO, E.: "La atención psicoeducativa a menores inmigrantes no acompañados. La acogida inmediata", en GARCIA GARNICA, M.C. (dir.): *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor: una aproximación interdisciplinar*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 211- 229.

AHUMADA RUIZ, M.: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 1991, pp. 169-194.

AJA, E.:

- *Inmigración y democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- *Los derechos de los inmigrantes en España*, 2009.
- “La reforma de la Ley de Extranjería”, en AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J.: *La inmigración en tiempos de crisis. Anuario de la inmigración en España. Edición 2009*. Editores: Diputació Barcelona, CIDOB, Fundació Jaime Bofill, Fundació José Ortega y Gasset, Unicaja. Barcelona, 2010, pp. 19-40.

AJA, E., MONTILLA, J. A., y ROIG, E.: *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Tirant lo Blanch- Institut de Dret Public, Valencia, 2006.

ALÁEZ CORRAL, B.:

- “El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21/Primer semestre 2013, pp. 37-78.
- *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- *Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

ALBERTÍ ROVIRA, E.: “La delimitación de las competencias entre las Unión y los Estados miembros”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, enero-marzo 2003, pp. 81-110.

ALEXY, R.:

- “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXY, R.: *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2ª ed., 2009, pp. 45-84.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

ALONSO GARCÍA, R.: “El *soft law* comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, nº 154, enero-abril 2001, pp. 63- 94.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, en *Derecho Privado y Constitución*, nº16, enero-diciembre 2002, pp. 41- 63.

ÁLVAREZ ORTEGA, M.: “Metamorfosis del concepto de ciudadanía y ciudadanía europea”, en VVAA: *Una Constitución para la ciudadanía europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 115-129.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

AQUINO DE SOUZA, C.: “Las cuotas electorales y los derechos fundamentales”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 13, enero 2011, pp. 37-66.

ARANGO, J.:

- “Del boom a la crisis”, en MATÍA PORTILLA, F.J. (Dir.): *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 23-54.
- “Una nueva fase en la construcción de la política común de inmigración y asilo de la Unión Europea: El Programa de Estocolmo”, en SORROZA BLANCO, A. (Coord.): *Presidencia española: retos en una nueva Unión Europea*, Instituto de Estudios Europeos, Universidad CEU San Pablo; Fundación Alternativas; Fundación Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, 2010, pp. 58-63.

ARCE JIMÉNEZ, E.: “Menores extranjeros no acompañados. Su desprotección frente a la legislación de extranjería”, en ALBERDI BIDAGUREN, J.; GOIZUETA VÉRTIZ, J. (coords.): *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 187-200, p. 190.

ASÍN CABRERA, M.A.: “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados”, en BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F.J.; MOYA MALAPEIRA, D. (Coord.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Institut de Dret Public- Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 251-259.

BALDACCINI, A.: “The return and removal of irregular migrants under EU Law: an analysis of the Returns Directive”, en *European Journal of Migration and Law*, 11 (2009), pp. 1-17.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALLESTRERO, M.V. “Acciones positivas: Punto y aparte”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996, pp. 91-109.

BARCELÓ, F: “Para que los hechos no se burlen de los derechos”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención de Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 457- 462.

BASCHERINI, G.: “Las políticas migratorias en Europa: una visión comparada”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, Julio-Diciembre de 2008, 49-100, p. 63.

BASTIDA FREIJEDO, F.J; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A; ALÁEZ CORRAL, B.; FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, 2004.

BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

BENAVENTE MOREDA, P.: “Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia”, en *Derecho Privado y Constitución*, año 17, nº 23, enero-diciembre de 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11-58.

BENDA, E.: “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en VVAA: *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BILBAO UBILLOS, J.M y REY MARTÍNEZ, F.: *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003.

BLÁZQUEZ PEINADO, M.D.: “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 233, Septiembre-October 2004, pp. 18-32.

BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

BORRAJO INIESTA, I.:

- “El status constitucional de los extranjeros”, en MARTÍN-RETORTILLO, S. (Coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 697- 766.
- “La posición constitucional de los inmigrantes en Derecho español: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, MATÍA PORTILLA, F.J. (Dir.): *Crisis e*

Inmigración. Reflexiones multidisciplinares sobre la inmigración en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 253-265.

BOYTON, B.: “Democracy and distrust alter 20 years: Ely’s process theory and Constitutional Law from 1990 to 2000”, en *Stanford Law Review*, vol. 53, nº 2, 2000-2001, pp. 397-446.

BOZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F.J.; MOYA MALAPEIRA, D. (Coord.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Institut de Dret Public- Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BREEN, C.: *The standard of the best interest of the child. A western tradition in International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya (Holanda), 2002.

BUSTOS GISBERT, R.:

- *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de la Administración Pública, Oñate, 2005.
- “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 95, año 32, mayo/agosto 2012, pp. 13-63.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente”, en *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2004, pp.95-112.

CABEDO MALLOL, Vicente. *Marco constitucional de la protección de menores*, Instituto de Iberoamérica y del Mediterráneo, Valencia, 2006.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (directores): *Derecho Internacional Privado, Vol. II*, Comares, novena edición, Granada, 2008.

CALVO GARCÍA, M.: “La implementación del Convenio sobre los Derechos del Niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastian, volumen I*, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 151-171.

CAMPOY CERVERA, I.: “Artículo 24. Derechos del niño”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 531-556.

CANOSA USERA, R.:

- *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

- “¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva época, vol. 7, T. 1, 2006, pp. 151-215.

CARMONA CUENCA, E.:

- *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.
- «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo núm. 12)», en GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P. (coords.): *La Europa de los Derechos*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 733-764.
- “La protección de categorías de personas especialmente vulnerables en el Derecho español”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 9, 2011, pp. 103-124.

CARMONA LUQUE, M. R.:

- *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dyckinson, Madrid, 2011.
- “La no discriminación como principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastian, volumen I*, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 173-188.

CARRILLO, M.: “La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley”, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 36, noviembre 1999, pp. 69 y ss.

CHOLEWINSKI, R.: “The EU *Acquis* on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights”, en *European Journal of Migration and Law*, vol. 2, 2000, pp. 361–405.

COTINO HUESO, L.: “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y en España”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época), nº 55, 1999 (III), pp. 291-394.

COTS I MONER, J.: “El defensor de los derechos de la infancia”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención de Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 449- 456.

CRUZ VILLALÓN, P.:

- “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, nº 35, mayo-agosto 1992, pp. 63-83.
- “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, pp. 32-62.
- “El concepto de igualdad y conceptos afines”, en *Jornadas sobre derechos individuales en la Constitución Española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, Fundación el Monte, Sevilla, 1993, pp. 39-46.

CULLEN, H.: “Children’s Rights”, en PEERS, S. y WARD, A. (Eds): *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 323-346.

DABOVE, M.I.: “Discriminación y ancianidad. Reflexiones filosóficas en torno al sistema jurídico argentino”, en *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382, pp. 153-164.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: “La poliédrica y heterogénea protección internacional de los menores”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, marzo de 2013, pp. 1-27.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A.: “El acogimiento del menor en situación de desamparo”, en *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 231- 246.

DE LUCAS, J., RAMÓN, C. y SOLANES, A. (Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia): *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención Internacional de la Organización de Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, 18 de diciembre, Dym Catalunya, 2008.

DE PALMA DEL TESO, A:

- *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006.
- “La condición legal de “menor no acompañado” en nuestro Derecho de Extranjería; definición común en la Unión Europea. La *kafala* del Derecho Islámico”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº90, mayo-agosto 2011, pp. 101-138.

DE TORRES PEREA, J.M: *El interés superior del menor y el Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Iustel, Madrid, 2009.

DE WITTE, B. y TOGGENBURG, G.N.: “Human rights and membership of the European Union”, en PEERS, S. y WARD, A (ed.s): *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 59-82.

DEVON A. CORNEAL.: “On the way to grandmother’s house: is U.S Immigration policy more dangerous than the big bad wolf for unaccompanied juvenile aliens?”, en *Penn State Law Review*, vol. 109 (2004-2005), pp. 609-656.

DÍAZ CREGO, M.:

- “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 89, mayo-agosto (2010), pp. 115- 155
- *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, REUS, Madrid, 2009.
- “Capítulo XV. Niños y adolescentes”, en ESCOBAR ROCA, G. (Dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, pp. 1619-1723.

DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª Ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona Jurídica*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003.

DURÁN AYAGO, A.: *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004.

DURÁN RUIZ, F.J.:

- “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de junio de 2007.
- “Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros”, en TRACE-Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, nº 60, (diciembre de 2011), pp. 9-17.

DURÁN RUIZ, F.J. y BARRANCO VELA, R.: *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes. Estudios, documentos y selección normativa, con atención especial a la C. Autónoma de Andalucía*. Comares, Granada, 2009.

EEKELAAR, J.: “Interests of the Child and the Child’s wishes: the role of Dynamic Self-Determination”, en *International Journal of Law and the Family*, vol.8, 1994, pp. 42-61.

ELÍAS MÉNDEZ, C.: *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ESCUADERO LUCAS, J.L.: *La tuición del menor abandonado (artículo 172 del Código Civil)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1995.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Artículo 39. Protección de la familia”, en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV: Artículos 39 a 55, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, pp. 44-67.

ETTE, A. y FAIST, T.: “The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration: Research, Questions and Concepts”, en ETTE, A. y FAIST, T. (Eds): *The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration. Between autonomy and the European Union*, Ed. Palgrave Macmillan, Nueva York, 2007.

FÁBREGA RUIZ, C.F.: “La audiencia y la legitimación de los menores inmigrantes no acompañados en su expediente de repatriación. Crónica de un camino jurisprudencial”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J. y KRESSOVA, N. (Coords): *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 865-871.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: “El Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, nº 69, septiembre-diciembre 2003, pp. 139-180

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B.: *El desamparo y la protección de los inmigrantes*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Artículo 9.2”, en VVAA: *Comentario a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 139-147.

FERNÁNDEZ SOLA, N.: “Conflictos armados y derechos del niño”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, volumen I*, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 221-253.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F: “La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española”, en PÉREZ GONZÁLEZ, M (Coord.): *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, 1993, pp. 341- 360.

FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia* (2ªed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

FIGUEROA MEJÍA, G. A.: *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Número 43, México, 2011.

FRAGOSO MARTINS, P.: “5. Princípio das competências atribuídas e princípio das competências implícitas”, en OLIVEIRA PAIS, S. (Coord.): *Princípios*

fundamentais de Direito da União Europeia, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 155-178.

FREDMAN, S.:

- “Providing equality: substantive equality and the positive duty to provide”, en *South African Journal on Human Rights*, vol. 21, 2005, pp. 163- 190.
- “Positive rights and positive duties: addressing intersectionality”, en SCHIEK, D. and CHEGE, V.: *European Union Non-discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Routledge-Cavendish, Oxon, 2009.

GADAMER, H.G.: *Verdad y Método I*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1996.

GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA ROCA, J.:

- *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- “Constitutional principles concerning Social Security system in Spain: a citizens’s right”, en *Estudios de Homenaje a Prof. Jorge Miranda*, Edição da Faculdade de Direito da Universidad de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, volumen II, pp. 59-79.
- “Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo”, en: SERRANO GARCÍA, I. (Coord.): *La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 171-189.
- “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº30, 2012, pp. 183-224.
- *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- “Inmigración, integración social de los extranjeros, y concurrencia de competencias territoriales”, en ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO: XXIX *Jornadas de Estudio. Derecho, Inmigración e Integración*, 21, 22 y 23 de noviembre de 2007, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- “Originario y derivado en el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Los tests de constitucionalidad y convencionalidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, enero-marzo 2003, pp. 165-190.

- “Taking social rights seriously: principle of financial sustainability. A budgetary impact statement”, en ponencia presentada a la *International Association of Constitutional Law (IACL)*, Rio de Janeiro Round Table, “Constitutional and economic crisis: national and transnational economic regulation and social rights”, abril de 2013.

GARCÍA ROCA, J., ALBERTÍ, E. y OTROS: *Treinta años de Constitución. Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA VÁZQUEZ, S.:

- *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- “Inmigración y derechos sociales: un binomio de libertad e igualdad”, en ALBERDI BIDAGUREN, J. Y GOIZUETA VÉRTIZ, J.: *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 149-185.

GARIBO PEYRÓ, A.P: *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

GAYA SICILIA, R.: “Tutela y guarda de menores en situación de desamparo”, en *Derecho de Familia*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1715-1751.

GEWIRTH, A.: *The Community of Rights*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996.

GIMÉNEZ GLÜCK, D.:

- “El derecho de sufragio activo y la mayoría de edad”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº12, 2012, pp. 190-206.
- *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosh, Barcelona, 2004.
- “La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión”, en *Revista española de Derecho europeo*, nº45, 2013, pp. 113- 136.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Derecho Constitucional y Europeo: derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid 2005.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

GONZALEZ LEÓN, C.: *El abandono de los menores en el Código Civil*, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1995.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

GUDE FERNÁNDEZ, A. y LÓPEZ PORTAS, M^a B.: “La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia”, en GARCÍA ROCA, J., ALBERTÍ, E. y OTROS: *Treinta años de Constitución. Congreso Extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 763-786.

GUILLÓ JIMÉNEZ, J.: “Niños, niñas y adolescentes: los nuevos ciudadanos”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.): *El desarrollo del Convención sobre los derechos del niño en España*, Bosh, Barcelona, 2006. pp. 11-19.

GUTIERREZ GARCÍA, C. y MARTÍ SÁNCHEZ, J.M.: “Los derechos del menor. Evolución y situación actual”, en *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, n° 28, sept. 2000, pp. 27-48.

GUTIERREZ ROMERO, F.M: “Protección de los Menores Extranjeros no Acompañados: Garantías legales de su repatriación”, en *Revista del Poder Judicial*, n° 86, segundo semestre de 2007, pp. 83-116.

HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

HAFEN, B.C. and HAFEN, J.O: “Abandoning children to their autonomy: the United Nations Convention on the Rights of the Child”, en *Harvard International Law Journal*; vol. 37, afl. 2, 1996, pp. 449 - 491.

HIERRO, L.: “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, A. (Ed.): *Derechos Humanos del Niño, de los Trabajadores, de las Minorías y complejidad del sujeto*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 24 - 32.

HODGKIN, R. y NEWELL, P. (UNICEF): *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3^a Ed., septiembre de 2007.

JIMENA QUESADA, L.:

- “Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 58-59, 2007, pp. 207-225.
- “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en SANZ CABALLERO, S. (Ed.): *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-42.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite al legislador”, en REDC, nº 9, septiembre-diciembre 1983, pp. 71-114.

KORCZAK, J.: “Desarrollo del ideal de amor al prójimo en el siglo XIX”, en *Lecturas para todos*, nº 52, 1899, citado en “Janusz Korczak”, en *Perspectivas: revista trimestral de educación comparada*, UNESCO, vol. XXIV, números 1-2, 1994, pp. 37-48. París, 1994.

LARA AGUADO, A.: “Artículo 35: Menores no acompañados”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Ed.Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 596-640.

LASARTE, C.: “Artículo 12: Mayoría de edad”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1996, pp. 169-182.

LAVENEX, S.: “Towards the constitutionalization of aliens’ rights in the European Union?”, en *Journal of European Public Policy*, volume 13, issue 8, Diciembre 2006, pp. 1284-1301.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.:

- *Los menores en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.
- “¿Repatriación o reagrupación? La política del miedo”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MOROY ARAMBARRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 181-203.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y CULEBRAS LLANA, I. (coord.) *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho. IV Jornadas sobre Derecho de los menores, serie V*, Documentos de trabajo, 6, UPCO Servicio de Publicaciones, 2006.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOROY ARAMBARRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010.

LÓPEZ AZCONA, A.: “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en derecho español”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Ed. Lex Nova, nº 17, Marzo 2008, pp. 103-136.

LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

LÓPEZ GUERRA, L.: “Notas sobre el principio de seguridad jurídica”, en MORODO, R. y DE VEGA, P.: *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú, Tomo II*, Universidad Complutense de Madrid-Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2000, pp. 1151-1167.

LÓPEZ ULLA, J.M.: “En torno a la constitucionalidad de la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España”, en DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. (Ed.): *Inmigración irregular y Derecho, VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, pp. 177-185.

MacCORMICK, N.:

- “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en MacCORMICK, N.: *Derecho Legal y Socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-138.
- *Questioning sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, Oxford.

MADRAZO RIVAS, E.: “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998. El interés superior del menor frente al respeto de la vida familiar”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 15, 2000, pp. 323-333.

MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 24. Derechos del niño”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 441-453.

MARCO AROCAS, E.: “Situación de los menores no acompañados en los centros de protección”, en CABEDO MALLOL, V. (Coord.): *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp.297-306.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C.: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

MARTÍN DE LA VEGA, A.: *La sentencia constitucional en Italia-Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid, CEPC, 2003.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, Año nº 6, Nº 12, 2002, págs. 343-391.

MARTÍNEZ GARCÍA, CLARA (Coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

MATÍA PORTILLA, F.J. (Dir.): *Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinares sobre la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades”, en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 131-152, p. 133.

MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, D.: *Control judicial y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, CEPC, Madrid, 2011.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.:

- *La seguridad jurídica y el sistema de protección de menores español*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- “Protección jurídica de menores extranjeros no acompañados: ¿un sistema constitucional?”, en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOROY ARAMBARRI, B. (Coord.): *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 97-112.

MOYA, D.; AGUELO NAVARRO, P.; y presentación y coordinación VIDAL FUEYO, M^a C.: *La reforma de la Ley orgánica de extranjería* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 15-69.

O’CONNELL, R.: “Realising political equality: the European Court of Human Rights and positive obligations in a democracy”, en: *Northern Ireland Legal Quarterly*, 61, 2010, pp. 263-279.

OEHLING DE LOS REYES, A.: “El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes en la Europa continental”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 91, enero-abril, 2011, pp. 135-178.

OLESTI RAYO, A.: “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 10, Julio-Diciembre de 2008, pp. 13-48.

PANTOJA GARCÍA, F.: *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y su aplicación práctica*, COLEX, Madrid, 1997.

PANTOJA GARCÍA, F. y NIETO, L.C: *Los derechos de los menores extranjeros*, CGPJ, Madrid, 2007.

PAREJO ALFONSO, L.: “Estado Social y Administración Prestacional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 57, mayo-agosto 2000, pp. 17-47.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.:

- “La universalidad de los derechos humanos”, *DOXA* 15-16, 1994, pp. 613-633.
- *Curso de derechos fundamentales (Teoría General)*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995.

PEERS, S.: “Legislative update: EU Immigration and Asylum Competence and decision-Making in the Treaty of Lisbon”, en *European Journal of Migration and Law* 10 (2008), pp. 219 -247.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Las dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 34, Dykinson, Madrid, 2007.

PÉREZ SOLA, N.: “La Directiva de retorno y la involución de la Europa de los derechos”, en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 8/2008 (Segunda época) rej.ujaen.es.

PÉREZ VERA, E.: “El derecho de protección de los menores”, en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1299-1307.

POILLOT PERUZZETTO, S. “Les droits de l’enfant dans l’ordre communautaire”, en GADBIN, D. y KERNALEGUEN, F. : *Le statut de l’enfant dans l’espace européen*, Bruylant, Bruelas, 2004, pp. 32- 64.

PRESNO LINERA, M.A.: *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003.

PRIETO SANCHÍS, L.: “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, septiembre-diciembre 1995, pp. 9-57.

PRINGLE, K: *Children and social welfare in Europe*, Open University Press, Buckingham, 1998.

QUERALT JIMÉNEZ, A.: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

QUIRÓS FONS, A.: “Derecho Comunitario de Extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre Reagrupación Familiar y reforma del Derecho interno español”, en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, nº 21, 2003, pp. 383-415.

REVILLA BLANCO, M.: “Infancia, juventud y migraciones: consideraciones finales”, en REVILLA BLANCO, M. (Coord.): *Infancia, juventud y migraciones: una mirada para la cooperación internacional*, Fundación Carolina- Siglo XXI, Madrid, 2011, pp. 397-406.

REVIRIEGO PICÓN, F.: *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.

REY MARTÍNEZ, F.:

- “¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 327- 352.
- “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº84, septiembre-diciembre 2008, pp. 251-283.

RIPOL CARULLA, S.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, ed. Atelier Internacional, Barcelona, 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F.: “Los derechos del niño y de las personas mayores”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V.: *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 849-898.

ROSSI, E.: “I diritti fondamentali degli stranieri irregolari”, en REVENGA SANCHEZ, M.: *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 109-152.

ROY, J.A.: “Carolene Products: A Game-Theoretic Approach”, en *Brigham Young University Law Review*, 53, 2002, pp. 53-110.

ROZZI, E.: *The evaluation of the best interests of the child in the choice between remaining in the host country and repatriation: a reflection based on the Convention on the Rights of the Child*, Save the Children Italy, Rome, 2002.

RUBIO MARÍN, R.: “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, en *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Extranjería e inmigración*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 11-51.

RUIZ LEGAZPI, A.:

- “La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados”, en *Revista de Derecho Político*, nº 61, 2004, pp. 141-172.
- *La expulsión de los menores extranjeros. Límites constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

- “La protección de los menores inmigrantes”, en AJA, E. (Coord.): Los derechos de los inmigrantes en España, Institut de Dret Públic-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 493-528.

RUIZ MIGUEL, A.: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Ed.): *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 155-199.

SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ NAVARRO, A. J.: *La actividad de las Cortes Generales en defensa de la constitucionalidad de las leyes*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, Valencia, 2004.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ M.J.: “Ética e infancia: el niño como sujeto moral”, en: *Fundamentos en humanidades. Universidad Nacional de San Luís, Argentina*. Año VIII-Número I (15/2007), pp. 179-192.

SANTOLAYA MACHETTI, P.: “El derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad”, en GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 545-567.

SANTOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ RICCI, S.M: “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de los grupos vulnerables”, en GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., SANTOLAYA MACHETTI, P., CANOSA USERA, R. (Ed.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas- Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 273- 309.

SANTOLAYA, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M.: *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

SCHIEK, D. y LAWSON, A. (Ed.): *European Union non-discrimination Law and Intersectionality. Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Ashgate, Surrey (England), 2011.

SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: *Los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Fundación Diagrama, Murcia, 2009.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. (Coord.): *Los menores en protección*, Grupo difusión, Madrid, 2007.

SMEND, R.: “Ciudadano y burgués en el Derecho Político alemán”, en SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 247-267.

SMITH, T. y BROWNLEES, L. (UNICEF): *Age assessment practices: a literature review and annotated bibliography*, New York, 2011.

SPIJKERBOER, T.: “Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion”, en *European Journal of Migration and Law* 11(2009), pp. 271-293.

TORRES PÉREZ, A.: *Conflicts of Rights in the European Union*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.

TORRES DEL MORAL, A.: “Fundamento del Sistema Constitucional de los Derechos”, en TRUJILLO, G.; LÓPEZ GUERRA, L.; GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.: *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

TROLLER, S. (HUMAN RIGHTS WATCH): *In the migration trap: unaccompanied migrant children in Europe*, 2010.

TURNER, B.S.: *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2006.

VVAA: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias. seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Generalitat de Catalunya-Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 1992.

VALERO HEREDIA, A.: *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M.: “La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento Comunitario 2001/2003”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 11/2006.

VIDAL FUEYO, C.: *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.): *El desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*, Bosh, Barcelona, 2006.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención de Derechos del Niño*, Bosch, Barcelona, 2009.

VON BOGDANDY, A., BAST, J.: «El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

(dir.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.

ZARANDIETA MIRABENT, E.: *El menor en el Derecho*, Reus, Madrid, 1920.

ZUMAQUERO GIL, L.: “El interés del menor en los tribunales españoles”, en VVAA: *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 39-56.